**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**

# ESTADO E ECONOMIA

**- Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a *res publica*? -**

MARCO ALEXANDRE DA SILVA CAPITÃO COSTA FERREIRA

**Doutoramento em Direito**

**(Ciências Jurídico-Económicas)**

# ESTADO E ECONOMIA

**- Entre o mercado e a tecnocracia, onde fica a *res publica*? -**

**Marco Alexandre da Silva Capitão Costa Ferreira**

*Dissertação de doutoramento*
*em ciências jurídico-económicas apresentada*
*na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

Orientador: Professor Doutor Luís Morais

2014

## RESUMO

Aborda-se as relações entre o Estado e a Economia e as principais correntes existentes nesta matéria, com muito sumária descrição do actual estado do pensamento económico nesta matéria. Analisam-se e definem-se os limites constitucionais e as principais regras jurídicas vigentes no ordenamento português e europeu.

Parte-se da análise dos tradicionais instrumentos de intervenção do Estado, dando-se contudo maior relevo aos que têm conhecido maior actualidade e aplicação prática, sem descurar uma visão ampla e descomprometida do leque de opções existente.

Do ponto de vista conceptual, tomamos como ponto de partida que a discussão em torno do papel do Estado na Economia leva também à caracterização do próprio Estado e da Sociedade de que emana.

Adopta-se, assumidamente, uma perspectiva antropocêntrica por oposição a uma visão centrada nos mercados em si mesmos.

Porque antes e depois dos mercados estão as pessoas e um modelo de eficiência que não se centre no bem-estar das pessoas mas antes nos mercados em si mesmos é dissociativo na medida em que tomamos como medida do sucesso, seja na intervenção do Estado seja no funcionamento da economia, um referencial que não se alcança mas que, mesmo que existisse, seria sempre insatisfatório em si mesmo.

Em suma, o equilíbrio do mercado não é nem natural nem necessariamente bom, devendo antes pensar-se nos resultados produzidos pelo funcionamento dos mercados produzem e em que é que os mesmos podem ser melhorados (do ponto de vista do bem-estar das pessoas), se necessário pela intervenção do Estado.

A subordinação da Economia às pessoas e não destas à Economia é uma realidade demasiadas vezes obscurecida por uma quase *deificação* dos mercados e do seu funcionamento.

Os mercados e, nessa medida, também o próprio Estado, não devem nunca deixar de ser entendidos como instrumentos ao serviço do interesse colectivo das pessoas.

**Palavras-chave:** Estado, Economia, Constituição Económica, Falhas de Mercado, Regulação, Autoridades Administrativas Independentes

## ABSTRACT

We take on the relationship between the State and the Economy taking into account the existing main body of thought. We analyse and define the constitucional rules applicable and resulting limits both at a national and European level.

We start the analysis of traditional instruments for State Intervention, taking into account which ones have been more currently used and subject to pratical applications, without loosing sight of all the other options avalilable.

From a conceptual point of view, we assume that the discussion about the State and the Economy is also about the definition if the State itself and the Society from which it rises.

We adopt an antropcentric version as opposed to the one centered in the markets themselfs.

We belive that before and after the markets people exist and any efficiency model that does not put front and center the peoples welfare instead of the markets weel-being leads us to dissociative results as to what success means, be it when considering state intervention or the economic performance of a country.

In short, markets are not naturally in balance no ris that necessarily a good thing, and we should instead consider the results that they produce and how can they be improved (from the peoples wellfare perspective) if necessary with intervention from the State.

Submitting the Economy to people instead ob subjecting people to the Economy is an idea too often befogged by the deification of the markets and their functioning.

The markets and, in that respect, also the State itself, should never be understood as something other than instruments in the servisse od the collective interests of people.

**Key Words:** Public Sector, Economic Constitution, Market Failures, Regulation, Independt Administrative Bodies

*"Poucos campos melhor do que este são um verdadeiro termómetro*
*das relações concretas entre o poder e a sociedade que o integra,*
*bem como das tarefas que esta leva o poder a desempenhar,*
*e do modo como os grupos, estratos ou classes sociais*
*se situam perante o poder,*
*beneficiando dos seus gastos ou suportando o respectivo custo"*

António de Sousa Franco
*In* Finanças Públicas e Direito Financeiro,
Volume I, 4.ª Edição (5.ª reimp. 1997), Almedina, Coimbra, pp. 5

## Advertências e Convenções

- As disposições de lei citam-se sempre com indicação de fonte.

- A bibliografia utilizada abarca, salvo excepções pontuais, elementos publicados até Novembro de 2013. Cita-se em rodapé e minimamente, com a indicação do nome do Autor (ou do primeiro deles, quando a obra é de autoria colectiva) seguida de ano, página e, sendo o caso, nota de rodapé (na forma Apelido, Nome [ano:página (nota)], e sempre por remissão para o índice bibliográfico que se inclui no final, excepto na primeira citação de uma dada obra. Obras consultadas e não citadas não são incluídas.

- Utilizam-se somente abreviaturas comuns.

- As expressões inglesas, italianas e espanholas citam-se no original apenas quando tal se justifique.

- As aspas usam-se para citar e para reproduzir o uso corrente de determinada expressão.

- O itálico usa-se nas citações de expressões estrangeiras no corpo do texto, ou como recurso enfático.

# 1. Introdução

## 1.1 Estruturação e Delimitação do tema

Na abordagem ao tema a que nos propusemos colocou-se de imediato uma dificuldade evidente: como abordar a vastidão do tema das relações entre o Estado e a Economia sem incorrer numa *ineficiente* dispersão de esforços, atendendo à amplitude dos temas em causa, abrangendo matérias científica e pedagogicamente autónomas, como o Direito Constitucional, o Direito da União Europeia, as Finanças Públicas e o Direito da Economia, com intersecções no Direito Administrativo, para citar apenas as mais evidentes.

O esquema de exposição adoptado é, em grande parte, fruto da reflexão assim iniciada. Nele, os capítulos 3 a 8 são abordados não como fins em si mesmos, nem como matérias a serem exaustivamente tratadas, mas como instrumentos ou, se quisermos, blocos de construção lógica, destinados a suportar e enformar a *posição* que, a final, se pretenderá adoptar sobre esta matéria.

Assim, entendeu-se em primeiro lugar, abordar de um ponto de vista enquadrador, no capítulo 2, as principais correntes existentes nesta matéria, com muito sumária descrição do actual estado do pensamento económico nesta matéria. É também nesta sede que se analisam e definem os limites constitucionais e as principais regras jurídicas vigentes no ordenamento português e europeu.

Os capítulos 3 a 8 são reservados para uma análise, que longe de pretender ser exaustiva (e que seria, ela própria, credora de dissertação autónoma), antes se destina a caracterizar as dimensões do papel do Estado que têm resultado da

adopção de uma ou outra posição no que respeita às correntes de pensamento económico analisadas no capítulo 2, tendo ainda em conta os instrumentos disponíveis aos Estados e as restrições à sua utilização.

Na análise dos tradicionais instrumentos de intervenção do Estado, é necessário clarificar aquelas que são as possibilidades efectivamente disponíveis e existentes, permitindo afastar qualquer excessiva abstracção que se traduziria, no limite, pela inutilidade do exercício a que nos propomos, em que a *liberdade* do pensamento teórico não pode servir de álibi para a *inutilidade* prática da análise efectuada.

Consequência da sua natureza instrumental, estes capítulos são deliberadamente abordados de forma assimétrica, dando-se maior relevo aos quadros que têm conhecido maior actualidade e aplicação prática, sem descurar uma visão ampla e descomprometida do leque de opções existente. Daí resulta, por exemplo, o diferente tratamento dado ao Estado enquanto produtor de bens e serviços e ao Estado enquanto regulador de fornecedores privados de bens e serviços.

Só esta análise permite criar condições para abordar adequadamente uma construção que se pretende actual das relações entre o Estado e a Economia.

Do ponto de vista conceptual, tomamos como ponto de partida que a discussão em torno do papel do Estado na Economia, e a premissa de que este é central na caracterização do próprio Estado[1], tem sido historicamente enviesada

[1] Cf. HUTTER, Bridget M., *Compliance: regulation and environment*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 246: “It is clear that the study of regulation touches upon areas of vital social importance to our understanding of the relationship between law and society.”.

por dois erros fundamentais de perspectiva, repetidos e perpetuados na generalidade das análises.

Em primeiro lugar, a intervenção pública é vista como intrinsecamente inferior aos chamados "mecanismos de mercado"[2], sendo caracterizada como uma solução de recurso[3], um sucedâneo de tipo inferior, causador, no limite, de maiores perdas de bem-estar do que as próprias falhas de mercado que pretenderia corrigir[4], fenómeno muitas vezes associado ao conceito de assimetrias informativas[5].

---

[2] A quem se atribuem capacidades "mágicas". No plano internacional, por exemplo, a ideia de liberalização do comércio internacional é quase hegemónica e são-lhe atribuídas capacidades extraordinárias não só nos aspectos económicos como, mesmo, noutros. V., por exemplo, STEGER, Debra P., *Peace through trade: building the World Trade Organization*, Reimpressão, Cameron May, Londres, 2008, TREBILCOCK, Michael J. e Robert Howse, *The Regulation of the International Trade*, 2.ª edição (reimp.), Routledge – Taylor & Francis Group, Londres, 2001 e, por fim, SNYDER, Francis, *Regional and Global of International Trade*, Hart Publishing – Oxford-Portland Oregon, 2002.

[3] Que deve ser entendida como oposta à liberdade económica. O conceito era definido por ANTOINE, Ch., *Cours d'économie sociale*, 6.ª edição, Librairie Félix Alcan, 1921, p. 494 como: "un régime dans lequel chaque citoyen exerce les diverses fonctions économiques (acheter, vendre, échanger, produire, consommer) sans aucune entrave de la part de l'État ou des particuliers.".

[4] Como ensina ARAÚJO, Fernando, *Introdução à Economia,* 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 59: "Em suma, não é muito evidente que a intervenção correctiva do Estado seja globalmente eficiente, em termos de se poder afirmar que as "falhas de intervenção" nunca excedam as "falhas de mercado", e que portanto, na presença de uma "falha", a solução pública é sempre um remédio adequado.(…)".
O mesmo autor detalha a afirmação a p. 1069, esclarecendo: " tem cabimento perguntar se não será muitas vezes preferível conviver com falhas de mercado do que arriscar o surgimento de falhas de intervenção que tendem a ser mais agudas e perenes, sobretudo quando servem os interesses "carreiristas" ou corruptos de políticos e se perde inteiramente de vista o paradigma do governo como "planificador social benevolente". Em contrapartida, não é fácil de avaliar a dimensão das "falhas de intervenção" se admitirmos que elas são, ao menos em certa medida, o preço mínimo a pagar pela correcção das "falhas de mercado"." (Cf. ARAÚJO [2012:630]).
Na feliz síntese de CHURCH, Jeffrey e Roger Ware, *Industrial Organization – A Strategic Aproach*, Irwin/McGraw-Hill, Boston, 2000, p. 752, é importante ter presente que: "The cure can be worse than the disease".

Ora esta é uma perspectiva que carece de demonstração convincente, uma vez que a mera afirmação axiomática não pode servir para determinar que assim é.

Em segundo lugar, e esta é uma noção hegemónica (quase sufocante de outras linhas de pensamento, veja-se, por exemplo, o sistema GATT/OMC)[6]) o primado do chamado equilíbrio do mercado, erigido em estado natural do funcionamento da Economia.

Ora tal afirmação apriorística carece, também ela, de sustentação adequada, sendo normalmente tomada como certa, sem necessidade de demonstração sustentada.

Dizer que o mercado tende naturalmente para o equilíbrio e que, portanto, deve ser deixado ao seu próprio arbítrio, apenas se concebendo a intervenção do Estado caso esse equilíbrio esteja – temporária e excepcionalmente, como é bem

---

Cf., ainda COASE, R. H., *The problem of social cost*, "Journal of Law and Economics", vol III, 1960, republicado *in Law and Economics,* vol. I, (eds.Richard A. Posner e Francesco Parisi), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 81, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1997, p. 27: "What has to be decided is whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping the action which produces the harm.".
Cf., por fim, KEISNER, Albert, "Are Government and Business separate entities?", *Law and economics, the early journal literature*, (ed. Warren J. Samuels), Volume II, Pickering & Chatto, Londres, 1998.

[5] V. BURGENMEIER, Beat et al. *Théorie et pratique des taxes environnementales*, Economica, 1997, p. 32 : "les mesures correctives de l'Etat peuvent parfois induire des novelles distorsions sur le marché pour diverses raisons: les informations dont dispose l'Etat sont limitée; certains comportements des agents privés échappent au control de l'Etat.".

[6] V., entre tantos, VINCENT, Philippe, *Institutions économiques internationals*, Larcier, Bruxelas, 2009, VERHOOSEL, Gaetan, *National Treatment and WTO dispute settlement – adjudicating the boundaries of regulatory autonomy*, Hart Publishing, Oxford, 2002 e, por fim, JACKSON, John H. William J. Davey e Alan O. Sykes, JR., *Legal Problems of International Economics Relations – cases, materials and text*, 3.ª edição (2.ª reimpressão), West Group, 1998.

de ver – perturbado é partir de um ponto de vista que, por si só, impede uma caracterização adequada do que é a realidade.

De facto, é tão legítimo dizer que o mercado tende, naturalmente, para o equilíbrio, sendo os desequilíbrios excepcionais, como dizer o contrário, isto é, que o mercado tende naturalmente para o desequilíbrio, sendo os momentos de equilíbrio meras incidências temporárias e conjunturais.

É, passe o exemplo, o mesmo que dizer que o nível do mar tende para um valor central de equilíbrio, sendo a maré alta e a baixa meros desvios ou assumir que o nível do mar é intrinsecamente instável, sendo o momento de equilíbrio uma mera coincidência estatístico-factual, ela sim efémera e com pouca relevância prática[7].

Questionados que sejam estes dois pressupostos, a questão da intervenção do Estado na Economia terá, julgamos, de ser revisitada.

---

[7] Cf. ARTHUR W. Brian, *Complexity Economics*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 1: "Complexity economics holds that the economy is not necessarily in equilibrium, that computation as well as mathematics is useful in economics, that increasing as well as diminishing returns may be present in an economic situation , and that the economy is not something given and existing but forms from a constantly developing set of institutions, arrangements, and technological innovations.".
Mais acrescenta: "It is a different way of seeing the economy. It gives a different view, one where actions and strategies constantly evolve, where time becomes important, where structures constantly form and reform, where phenomena appear that are not visible to standard equilibrium analysis, and where a meso-layer between the micro and the macro becomes important. This view, in other words, gives us a world closer to that of political economy than to neoclassical theory, a world that is organic, evolutionary, and historically contingent.".

E é precisamente por isso que, quando falamos de regulação da Economia[8], não nos atemos à velha querela se ela deve ser mais ou menos intensa nos moldes tradicionais – que estão intrinsecamente enviesados – mas sim que ela deve funcionar de uma forma mais inteligente.[9]

Não evitaremos as dificuldades decorrentes de este ser um tema de fractura. Para uns demais, para outros de menos, para todos com defeitos, a relação entre o Estado e a Economia é seguramente uma das mais complexas relações.

De facto, a intervenção pública na Economia expõe-se a duas grandes ordens de críticas, dependendo da concepção que se perfilhar quanto à questão prévia e prevalecente de saber qual deve ser o papel do Estado face à Economia – e que se pode, de forma simplificada, reconduzir à velhíssima querela[10] do Liberalismo (económico) vs. Intervencionismo –; se para os liberais perante uma qualquer forma de intervenção do Estado na Economia, estamos já a fazer demais, já para os intervencionistas dificilmente se faz o suficiente[11].

---

[8] Aqui, excepcionalmente, entendida no seu sentido mais amplo.

[9] Tradução imperfeita, mas que preferimos, da expressão anglo-saxónica "smart regulation".

[10] Cf. AYRES, Ian e John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p.3, que falam mesmo numa necessidade de "transcend the intellectual debate between those who favour strong state regulation of business and those who advocate deregulation. It is a debate that has been rerun so many times that to open it up in an audience of regulatory policy makers today is to put them immediately to sleep." Sem prejuízo da pertinência da observação entendemos que o debate merece continuar a ser feito.
De facto, "As the turn of the century approaches, deregulation, competition and globalization are dominating the political agendas." (Cf. COLLIER, Ute, *Deregulation in the European Union – Environmental perspectives – Epilogue*, ed. Ute Collier, Routledge, Londres, 1998, p. 214).

[11] Cf.TORNOS MAS, Joaquín, *La actividad de régulacion*, "El derecho administrativo en el umbral de siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo", Valencia, 2000, p. 1329: "El concepto de regulación aparece con fuerza en el campo del derecho público vinculado al proceso de liberalización de la economía.".

Como referimos, a defesa do papel do Estado na Economia não se pode fazer, em termos satisfatórios, aceitando a premissa de que a Economia tende para o equilíbrio[12].

Porque aí essa intervenção surge sempre apenas e tão só como forma de atalhar uma situação de desequilíbrio pressupondo que, corrigida ou aquela "falha de mercado" o mesmo tenderá de novo para o equilíbrio.

Esta perspectiva vai induzir uma série de insuficiências de compreensão.

Em primeiro lugar a intervenção pública é apenas chamada em situações em que o mercado já falhou mas é depois acusada de estar muitas vezes associada a situações de mau funcionamento dos mercados.

Ora isto é o equivalente a dizer que os profissionais de emergência médica têm uma taxa de morbilidade superior à dos dentistas, por exemplo, sem cuidar de avaliar que um profissional por mais competente que seja e por melhores metodologias que aplique, exerce o seu *munus* num determinado contexto.

Se a intervenção pública é apenas vista como devendo funcionar quando o mercado já falhou, é natural e lógico que esteja muitas vezes associada a situações de mau funcionamento da Economia.

---

[12] Cf., entre outros, ROSEN, Harvey S., *Public Finance,* 7.ª Edição, McGraw-Hill, Nova Iorque, 2002, p. 378.

Em segundo lugar, esta perspectiva induz ainda um erro quanto ao papel que o Estado deve assumir. É inglório tentar restabelecer condições de equilíbrio estável que nunca existiram e este facto não só limita as ferramentas utilizadas como os objectivos que se julgam dever atingir.

Explicitando: fixamos à intervenção do Estado um objectivo irrealista se o objecto sequer existisse, mas que é verdadeiramente quimérico porque não existe.

Em terceiro lugar, e como consequência destes factores, a intervenção económica do Estado está, nos actuais moldes, condenada as mais das vezes ao fracasso. Porque ou as ferramentas são bem aplicadas e o mercado continua a não funcionar de forma estável em equilíbrio (porque isso não é o seu estado normal) ou são mal aplicadas e culpam-se as ferramentas pela falha que, lembre-se, já existia.

Ao recusarmos a premissa assumimos, como é natural, o encargo de ao menos tentarmos fazermos melhor, no sentido de que de nada serve substituir uma premissa não sustentada por outra igualmente não sustentada.

Assim, importará, em paralelo, questionar os pressupostos da teoria de que os mercados produzem, por si só, soluções de equilíbrio conducentes à maximização do excedente social e, no mesmo passo, firmar os indícios de que os mercados tendem muitas vezes, pelo seu normal funcionamento, para soluções sub-óptimas.

Será este o ponto que nos permitirá procurar e oferecer pistas que definam a relação entre o Estado e a Economia em termos que sejam menos ortodoxos, porventura, mas mais próximos da realidade existente e procurar uma nova perspectiva para a intervenção pública, livre dos grilhões que a têm tolhido.

É também, assumidamente, uma perspectiva antropocêntrica por oposição a uma visão centrada nos mercados em si mesmos.

Porque antes e depois dos mercados estão as pessoas[13] e um modelo de eficiência que não se centre no bem-estar das pessoas mas antes nos mercados em si mesmos é dissociativo na medida em que tomamos como medida do sucesso, seja na intervenção do Estado seja no funcionamento da economia, um referencial que não se alcança mas que, mesmo que existisse, seria sempre insatisfatório em si mesmo.

Em suma, o equilíbrio do mercado não é nem natural nem necessariamente bom, devendo antes pensar-se nos resultados produzidos pelo funcionamento dos mercados produzem e em que é que os mesmos podem ser melhorados (do ponto de vista do bem-estar das pessoas), se necessário pela intervenção do Estado.

A subordinação da Economia às pessoas e não destas à Economia é uma realidade demasiadas vezes obscurecida por uma quase *deificação* dos mercados e do seu funcionamento.

Os mercados e, nessa medida, também o próprio Estado, não devem nunca deixar de ser entendidos como instrumentos ao serviço do interesse colectivo das pessoas.

---

[13] Cuja racionalidade económica, mal, é pressuposta por muitos. V., a este respeito, REIS, José, "A economia impura: o mundo onde é necessário haver instituições e governação" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006. O autor explica (pp.730) que "rejeita, portanto, uma visão normativa da racionalidade dos indivíduos, rejeita o seu isolamento face a contextos políticos e institucionais e rejeita a noção de que a sua acção é uma derivação desprovida de espessura própria.".

Neste excurso ir-se-ão seleccionando as situações em que se coloca de forma evidente a problemática da intervenção pública, conscientes e, julgamos, prevenidos, quanto às evidentes ressonâncias ideológicas do tema[14].

---

[14] BACKHOUSE, Roger E. e Jeff Biddle, "Related Disciplines: the Professionalization of Public Choice Analyses", *Toward a History of Applied Economics*, Duke University Press, 2000, p. 301: "It is indisputable that much of the public choice literature, both pro and con, has ideological overtones, even if little of the early reaction overtly dealt with this issue.".

## 1.2 Breve nota metodológica

Na consagrada expressão de Descartes, o método é o caminho que a razão humana deve seguir na procura do conhecimento[15].

Desde há muito que se sabe que o método (ou métodos) de uma ciência respondem, em boa parte, pelo sucesso da mesma[16]. Mas não se peça a um método que responda, *per se*, pelo sucesso ou insucesso da investigação jurídico-económica.[17]

Nas ciências sociais, e especialmente nas ciências jurídico-económicos em que o presente trabalho pretende inserir-se, como em tantas outras, a questão metodológica está claramente associada ao objecto[18].

---

[15] V. MARTÍNEZ, Pedro Soares, *Introdução ao Estudo das Estatísticas Económicas*, lições coligidas por Vasco A. L. Soares da Veiga e António Pedro da Ponte, S/E, Lisboa, 1953, p.5. e ainda, do mesmo autor, *Economia Política*, 11.ª Edição, Almedina, Lisboa, em especial as pp. 56 a 87.

[16] SOUZA, Marnoco e, *Tratado de Economia Política*, Volume I, F. França Amado, Coimbra, 1917 (edição póstuma), pp. 69, invoca Cuvier na afirmação de que "o método de uma sciência tem muito maior importância do que a descoberta mais maravilhosa por ela realizada".

[17] BLAUG, Mark, *A Metodologia da Economia*, 2.ª edição (1992), tradução de Victor Calvete, Gradiva, Lisboa, 1994, pp. 347 afirma que: "O que a metodologia pode fazer é fornecer critérios para a aceitação ou rejeição dos programas de investigação, fixando padrões que nos ajudarão a distinguir entre o trigo e o joio.".

[18] V. BACKHOUSE, Roger E. e Philippe Fontaine (org.), *The unsocial social science?: economics and neighbouring disciplines since 1945*, Suplemento de History of Political Economy, Volume 42, Duke University Press, Londres, 2010.

De facto, só estando delimitado *o que* queremos estudar se pode dizer *como* o devemos estudar[19].

Ora, o objecto da Economia e o do Direito têm sido alvo de múltiplas definições, as quais explicam, em parte, o eclectismo[20] metodológico.

O substrato comum que é possível identificar pelo cotejo das várias definições avançadas parece ser o de que à Economia e, cada vez mais, também ao Direito, muito por influência da escola da *Law and Economics*[21], que tem versado múltiplos temas, por vezes trazendo a lume intuições inteiramente novas[22], interessam tantos aspectos qualitativos como quantitativos e que, caso a caso, o objecto coberto pela investigação levará à opção por um ou outro método[23] ou,

---

[19] Cf. ARAÚJO, Fernando, *O ensino da Economia Política nas Faculdades de Direito (e algumas reflexões sobre pedagogia universitária*, Almedina, Coimbra, 2001.

[20] Ou sincretismo, para quem vê nesta profusão de métodos uma realidade não estruturada, quiçá mais correctamente. V., neste sentido, MARTÍNEZ, Pedro Soares, *Introdução a um Ensaio sobre Estatísticas Económicas*, 5.ª Edição (Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001, p. 24.

[21] Para uma visão geral dos principais temas que têm interessado a esta disciplina V., entre tantos, RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e Vinicius Klein (org.), *O que é análise econômica do direito: uma introdução,* Fórum, Belo Horizonte, 2011, MERCURO, Nicholas e Steven G. Medema, *Economics and the law: from Posner to post-modernism*, Princeton University Presss, Princeton, 1997 e COOTER, Robert e Thomas Ulen *Law and Economics*, Harper Collins Publishers, 1998.

[22] V., por exemplo, ARAÚJO, Fernando, *Teoria Económica do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2007, para uma aplicação "civilista" e anti-dogmática destas ferramentas de análise à generalidade daquilo a que se pode chamar o Direito dos Contratos (incluindo as matérias ordinariamente remetidas para disciplinas como a Teoria Geral do Direito Civil e o Direito das Obrigações, entre outros), PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira, *Análise económica da litigância*, Almedina, Coimbra, 2005, com interessantes perspectivas sobre os custos económicos da litigância (pp. 85 e ss.) e MERCADO PACHECO, Pedro, *El Análisis Económico del derecho – una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Contitucionales, Madrid, 1994.

[23] Ou por uma ou outra variante de um mesmo método, como assinalam MINGAT, Alain et al., *Méthodologie Économique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1975, pp. 211-212.

como vai sendo frequente, por um conjunto de métodos[24], com ou sem autonomia de designação.

Uma visão rígida da metodologia, enquanto enquadradora da actividade de investigação pode, inclusivamente, ser castradora, especialmente se tomada a metodologia como um dogma[25].

Em termos metodológicos, portanto, a Economia e o Direito reflectem a fluidez do seu objecto, assumindo-se como ciências sociais[26], e como ciências confluentes[27], por um lado, mas em parte susceptíveis de quantificação ou objectivação[28], por outro, e recorrendo a métodos típicos de uma e outra ordem de ciências, de forma descomplexada, na medida das suas necessidades[29].

---

[24] V. PORTO, Manuel Lopes, *Economia – Um texto introdutório*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 59 a 76.

[25] V. ARAÚJO, Fernando, "A retórica da Economia. Os desafios de McCloskey", separata dos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Volume II, AAFDL, Lisboa, 2000.

[26] Às quais se atribuem, por vezes, ressonâncias mesmo no domínio da fé. V., por todos, BATEMAN, Bradley e H. Spencer Banzhaf (org.), *Keeping faith, losing faith: religious belief and political economy*, suplemento de History of Political Economy, Volume 40, Duke University Press, Londres, 2008.

[27] BACKHOUSE, Roger E. [2010:1] refere que "the history of Economics (…) has neglected the relationships between economics and other social sciences.".

[28] Através, por exemplo, de ferramentas econométricas. V., BOUMANS, Marcel, Ariane Dupont-Kieffer e Duo Quin (org.), *Histories on econometrics*, suplemento de History of Political Economy, volume 43, Duke University Press, Durham, 2011.

[29] Sobre os fundamentos metodológicos das controvérsias económicas V. MINGAT, Alain [1975:411 e ss]..

As ciências sociais são, em primeira linha, ciências de observação[30], não lhes sendo possível – nem, convenhamos, tal seria desejável - provocar os fenómenos que estudam como forma de melhor os mesmos ou as circunstâncias ou factores que os afectam[31].

Tal recomenda, ainda que se devam ter presentes as suas limitações, nomeadamente resultantes de abordagens mais indutivas do que dedutivas, atendendo à dificuldade em formular, no âmbito das ciências naturais, leis (em sentido não jurídico) que permitam formular aplicações dessas mesmas leis como formas de explicação dos fenómenos[32].

---

[30] V. SAMPAIO, Adrião Pereira Forjaz de, *Novos Elementos de Economia Política e Estatística*, Tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1858, p. 62 onde afirma que: "o methodo, proprio e exclusivo d'esta sciencia, é todo *de observação* dos factos acontecidos, reaes, e existentes na época dada, e de mera exposição dos mesmos.".
No mesmo sentido milita FORTUNA, Vasco N.P., "Metodologia das Ciências Económicas", *Colóquios sobre Metodologia das Ciências Sociais*, colecção Estudos de Ciências Políticas e Sociais, Ministério do Ultramar, Centro de Estudos Políticos e Sociais, Lisboa, 1958, p. 95, em que afirma "as Ciências Económicas não são ciências *experimentais* mas sim *de observação*." (itálico no original).

[31] Nas palavras de SIMIAND, François, *Statistique et expérience - Remarques de Méthode*, Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Rivière, Paris, 1922, p. 6 : "Au contraire, dans des cas où l'homme ne peut pas expérimenter, mais doit s'accommoder des circonstances telles qu'elles se présentent, en dehors de son action, il se trouve en général avoir affaire, la simplification par l'expérience étant impossible, a des cas complexes de causation multiple : or, c'est dans ces cas que nos trouvons, dans les diverses branches de connaissances, le recours à la méthode statistique et c'est donc le caractère commun qui peut définir la recherche statistique.".

[32] Como bem explica ARAÚJO, Fernando, no seu "Pressupostos da previsão económica", separata da *Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, 1988, "As dificuldades na construção do raciocínio indutivo não nos podem fazer esquecer que a missão da ciência, na previsão como no resto, é a busca de uma inteligibilidade; e esta é desprovida de conteúdo se se não basear na observação do real".

Tão-pouco lhes é possível, por via dessa mesma experimentação, isolar os factores que provocam determinado facto.[33]

Por isso se diz, por exemplo que em Economia, não há experiências - há ensaios de política económica[34].

Nenhum ensaio de política económica tem sido mais debatido e complexo do que aquele que versa em torno do papel do Estado na Economia[35].

Do ponto vista das ciências jurídico-económicas esta é matéria que perpassa horizontalmente uma série de disciplinas de estudo (e ensino). Sem recorrer, entre outros, a aspectos de direito da economia, de estudos da constituição económica, das finanças públicas e do direito fiscal, da concorrência e da regulação, é impossível aprofundar o estudo desta matéria.

E é, ainda, matéria que lança novos desafios ao Direito[36], que importa compreender e assimilar, sem perder de vista a utilidade de uma visão

---

[33] Sobre este aspecto SOUZA, Marnoco [1917: 83], refere que "na vida económica, os fenómenos aparecem-nos aglutinados uns com os outros, sem que a experiência os possa isolar artificialmente.".

[34] V. LEITE (LUMBRALES), João Pinto da Costa, *Economia política*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1963, p. 97 ou, mais recentemente, referindo antes "medidas", MARTÍNEZ, Pedro Soares, *Introdução a um Ensaio sobre Estatísticas Económicas*, 5.ª Edição (Reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001, p. 25.

[35] Para uma aproximação a esta matéria V. MEDEMA, Steven G. e Peter Boettke (org.), *The role of government in the history of economic thought*, suplemento de History of political economy, Volume 37, Duke University, Londres, 2005.

[36] Mais concretamente, o Direito da Economia. Cf. MARTINS, Guilherme D'Oliveira, *Direito da Economia*, Edições Cosmo, Lisboa, 1995, p. XIV: "...o Direito da Economia, na sua autonomia, como ligado à *ordenação* e à *regulação* económicas. Não está, pois, em causa a ideia de direcção

multidisciplinar, integradora, não sectária e orientada mais pela utilidade dos instrumentos na prossecução dos objectivos da investigação e menos por uma qualquer pré-compreensão[37].

Sendo estas matérias eminentemente multidisciplinares[38] a sua abordagem do ponto de vista de um jurista comporta não poucos riscos, exigindo o assumir de

---

ou de controlo pelo Estado e pelos entes públicos, mas uma ideia, mais fecunda, de procura de compromissos sociais e de equilíbrios institucionais, orientados para a eficiência e a equidade do sistema económico.".

Pese embora o exposto o mesmo autor parece, em tese, e prospectivamente, favorável à autonomização, no futuro, de um Direito Público da Economia. Cf. MARTINS, Guilherme D'Oliveira [1995:XI]: "A relação entre o Direito e a Economia abre, assim, diferentes "campos de acção", que se referem a ramos do Direito perfeitamente consolidados, nos quais se estudam, sob ópticas diversas, as instituições, relações e situações jurídicas que resultam da vida económica e que a concretizam.".

Diversamente cf. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, "Direito dos Contratos e Regulação do Mercado", Globalização e Direito, *Stvdia Ivridica*, n.º 73 – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 203: "Falar de regulação do mercado é algo que nos remete primariamente para o campo do direito público, o direito administrativo e o direito público da economia, em particular". No mesmo sentido parece militar GONÇALVES, Pedro, "Direito administrativo da regulação", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

[37] Somos, contudo, sensíveis à posição de BARROSO, Ivo Miguel, "Pré-compreensão: para uma reabilitação dos «preconceitos" na metodologia das ciências sociais, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 27 e ss. na medida em que o mesmo sustenta (pp. 37) que "a pré-compreensão tem carácter inacabado: aponta para um caminho, mas não dá, desde logo, o resultado final". Não é nessa acepção, naturalmente, que recusamos as pré-compreensões ou os preconceitos.

[38] De facto, como referem BALDWIN, Robert e Martin Cave, *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, a pág. 1 "Regulation is a topic that has stimulated interest in a host of disciplines – notably law, economics, political science, sociology, history, psychology, geography, management, and social administration. This is a subject, moreover, that calls for a multidisciplinary approach.".

Essa abordagem multidisciplinar reveste, muitas vezes, mais a forma de concorrência do que a de cooperação entre as várias perspectivas em presença. Cf. BRATTON, William et. al, *International Regulatory Competition and Coordination – perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 7: "Competition between market and social structures paradigms in discussions of economic regulation stems in part from competition between different academic disciplines whit their own epistemological perspectives and professional practices.".

que, tratando-se esta de uma dissertação em Ciências Jurídico-Económicas, se vestirão as vestes de jurista-economista, mas bem cientes, como estamos, das dificuldades inerentes ao acto, a que nem sempre nos poderemos furtar, de *meter a foice em seara alheia*[39].

Não se pode, contudo, obscurecer que, se é verdade que o Direito não pode, por si só, suportar a Economia[40], e que os ditames da Economia não se sobrepõem aos valores ontológicos do Direito, a interacção entre as duas ordens de pensamento são evidentes e diárias[41].

Isso mesmo se traduz na inserção histórica das matérias jurídico-económicas no curso de Direito e vice-versa[42].

---

Sobre as relações entre, por exemplo, a psicologia e a Economia V. SCHMÖLDERS, Günter, *The psychology of money and public finance*, Palgrave MacMillan, Nova Iorque, 2006.

[39] Esperando o autor não vir a ser incluído nos "«doutos ignorantes» que invadem e dominam o Direito: os economistas e técnicos que de Direito nada sabem, e os juristas ignorantes da Economia.". A frase cautelar consta na Apresentação à obra *Concorrência Bancária*, da autoria do Dr. Carlos Lobo, publicada pela Livraria Almedina em 2001 (que aliás citamos), e pertence ao Professor Doutor António de Sousa Franco que dela, e bem, exclui o autor em causa.

[40] Como sintetiza EUCKEN, Walter, *Os fundamentos da Economia Política*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, p. 385.

[41] Cf. MONCADA, Luís S. Cabral de, *Direito Económico*, Coimbra Editora, Lisboa, 2012, p. 9: "A relação entre economia e direito não é unívoca. Compreende um complexo relacionamento recíproco e analisa-se em diversas modalidades nem sempre reconduzíveis a uma lógica comum, à medida das vicissitudes históricas.". Cf., ainda, PEACOCK, Alan, "Economics and the law: An irresistible combination", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLI, FDUL, Lisboa, 2000.

[42] V., por exemplo, a viva descrição de ARAÚJO, Fernando *Economia Política*, relatório, policopiado, Lisboa, 2000, em especial pp. 88 e ss.
Sobre esta problemática V. ainda SANCHES, José Luis Saldanha, *Direito económico: um projecto de reconstrução*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

# 2. Relação entre o Estado e a Economia

## 2.1 Intervencionismo e liberalismo: o legado de Adam Smith

O estudo da relação entre o Estado e a Economia não se pode fazer sem considerar, pelo menos como ponto de partida, os conceitos históricos de intervencionismo e liberalismo enquanto pólos da discussão como ela tem sido feita até agora[43].

Não recuando mais, desde Adam Smith que se consolidou uma versão *minimalista* da relação entre o Estado e a Economia.

Na senda do trabalho daquele autor surgiram – e perduram até aos dias de hoje – defensores acérrimos da ideia de que se deve manter o Estado afastado da Economia.

Para estes autores o mercado tem inserto em si mesmo os mecanismos necessários à sua regulação e a perturbação desse processo pela intervenção do Estado teria, as mais das vezes, efeitos funestos que se imporia evitar.

Esta corrente, na sua forma mais pura, advoga que ao Estado cabe apenas atribuir os direitos de propriedade e assegurar que os mesmos são respeitados[44]

[43] Cf. BRUE, Stanley L. *The Evolution of Economic Thought*, 6.ª edição, The Dryden Press, Hinsdale, 2000.

[44] V., por exemplo, SHOUP, Carl S., *Public Finance*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2006.

remetendo a actividade de financiamento do Estado, por via dos impostos, para o domínio da ilegitimidade[45].

Em tudo o resto a chamada *mão invisível* teria vantagens do ponto de vista da afectação eficiente de recursos. É o chamado *liberalismo puro* que conhece, naturalmente, cambiantes[46].

Existe, como contraponto, toda uma corrente intervencionista que entende existirem razões suficientes para justificar a propriedade pública de bens de produção e um papel activo do Estado na condução da Economia[47].

Na sua versão *pura* o intervencionismo atribui ao Estado o papel de actor central na Economia, com subalternização da iniciativa e actividade privadas aos fins daquele. Existindo, também naturalmente, versões mitigadas desta doutrina.

Existe, no entanto, uma ampla área de confluência das duas posições, adoptada pela maioria dos autores em matérias económicas segundo a qual a intervenção do Estado apenas se deve verificar nas situações em que o normal

---

[45] V. BOUVIER, Michel, Marie-Christine Esclassan e Jean-Pierre Lassale, *Finances Publiques,* 8.ª Edição, LGDJ-EJA, Paris, 2006, pp. 183 e ss..

[46] Como escreve FRANCO, António de Sousa (1997:1240), "para os primeiros liberais a concorrência asseguraria o progresso contínuo da economia e o estabelecimento do melhor equilíbrio possível na criação da riqueza e no aproveitamento dos recursos dos indivíduos e das nações.".

[47] ATKINSON, Anthony B. e Joseph E. Stiglitz *Lectures on Public Economics*, McGraw-Hill Book Company (UK) Limited, 1980, p. 342: "The opposite extreme from the minimal state theories, with their emphasis on individual freedom to engage in the economic activity [claim they] should be under collective or communal control.".

funcionamento das regras do mercado produza resultados que se afastam do paradigma da afectação eficiente de recursos – as chamadas *falhas de mercado*[48].

Esta postura tem implicações importantes: em primeiro lugar confirma o primado do mercado, concedendo na existência da *mão invisível*; em segundo lugar, lucidamente, reconhece que os normais mecanismos de auto-regulação dos mercados nem sempre funcionam, pelo que o andamento da Economia deve ser vigiado pelo Estado que, se necessário, o pode corrigir, colmatando a *falha de mercado*[49].

---

[48] CHEUNG, Steven N. S., "The fable of the bees: an economic investigation", *Journal of Law and Economics*, vol. XVI, n.º 1, 1973, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics,* vol. II, (eds. Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998, p. 11: "… a divergence between private and social costs has provided the main argument for the instituting government action to correct allegedly inefficient market activities.".
Cf. ainda SPENCER, Milton H., [1993:674]: "In the event of a market failure, the socially optimum level of production is not achieved and the government may attempt to correct the problem. Proponents of regulation usually cite three causes of market failure as a justification for government control of the market. They are monopoly power, spillovers, and imperfect information".

[49] Criticamente consulte-se NOLL, Roger G., "Economic perspectives on the politics of regulation", *Regulation, Economics and the Law*, (ed. Anthony I. Ogus), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 137, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001. p. 36: "The importance of the first component is that in literally every circumstance the adoption of extension of regulation has been defended by its proponents on the basics of allegations (sometimes implausible) of market failure. (…) The firs examples of regulatory programs were justified on the basics of natural monopoly: (..) A second form of market failure, imperfect information, has been the rationale for regulation consumer products and workplaces, beginning with the Pure Food and Drug Act of 1906. (…) The third form of market failure is the presence of external effects and public goods. These arise when economic agents impose costs on, or deliverer benefits to, others who are not parties to their transaction. (…) To additional rationales for regulation, while commonly defended in political discourse, are nonetheless of more debatable economic validity. There are scarcity rent and destructive competition.".

## 2.2 Constituição Económica

### 2.2.1 Delimitação

A razão de ser do excurso pela Constituição e, em particular, pela Constituição Económica, a que nos propomos é, na economia de uma dissertação com esta natureza, razoavelmente auto-explicativa.

De facto, mal andaria quem pretendesse abordar a interacção entre o Estado e a Economia sem tratar, e tratar com alguma detenção, esta realidade, que enforma decisivamente de *iure constituto* a relação em causa.

É na Constituição Económica – no sentido em que a entendemos, V. *infra* – que se encontrará a chave ou matriz que permite não só entender quais são os limites jurídicos de aplicação de soluções de interacção do Estado e da Economia como também qual é o sentido preconizado por esta para essa mesma interacção.

Dito de outra forma, é na Constituição Económica que se encontram não só "os princípios fundamentais que determinam as relações entre o poder político e a economia"[50] mas também os "princípios que regulam a relação entre a economia e o Estado e o quadro geral em que se desenvolve a actividade económica de sujeitos públicos e privados"[51].

---

[50] Cf. MIRANDA, Jorge, *Direito da Economia*, policopiado, Lisboa, 1983, pp. 69.

[51] FERREIRA, Eduardo Paz [2001], p. 59.

Não cedendo a delimitações excessivamente formais, destinadas, não poucas vezes, a suportar uma visão paroquial da ciência, é importante compreender que o posicionamento que se adopte com base em considerações vindas da ciência económica não deixa de conformar as soluções jurídicas, sendo simultaneamente verdade que as soluções jurídicas hão-de necessariamente limitar, condicionar e, por vezes, suscitar, determinadas soluções económicas.

É precisamente nesta intersecção delicada e interdisciplinar que se pode, e mesmo aí não sem dificuldades, ter uma compreensão integrada destas matérias[52].

### 2.2.2 Do conceito de Constituição Económica

O conceito de Constituição Económica está muito longe de se encontrar consolidado na doutrina.

O único ponto minimamente consensual parece ser o de que ela *existe*: a sua natureza, limites e função são objecto de interpretações diversas e, por vezes, mesmo contraditórias, por parte da doutrina nacional e não só. Em suma, como bem explica PAZ FERREIRA[53] "A ideia de constituição económica (…) está longe de ser pacífica".

---

[52] Cfr., a este respeito, HUBRECHT, Hubert-Gérald, *Droit public économique*, Dalloz, Paris, 1997, pp. 25 e ss.

[53] FERREIRA, EDUARDO PAZ [2001], p. 59.

Numa primeira abordagem convém desde já esclarecer que se entende impossível dissociar, quanto mais comparar como se de realidades distintas se tratassem a Constituição Económica e a Constituição Política[54].

Desde logo porque as opções em matéria de Constituição Económica são eminentemente políticas, no sentido próprio da palavra, e é impossível compreender essas opções sem ter em conta a realidade de organização do poder político e, por essa via, do exercício dos poderes públicos.

Em seguida, será de ter em conta que uma e outra realidade são apenas imperfeitamente delimitadas, pelo que qualquer exercício de confronto das duas realidades carece de um mínimo suporte lógico.

E, por fim, importa não olvidar que tal seria um exercício largamente inconsequente: a separação em causa dificilmente contribui e antes prejudica a adequada compreensão do que seja a Constituição Económica.

A doutrina portuguesa tem tratado esta problemática de diferentes formas, muitas vezes, parece-nos, fruto do ponto de vista de partida dos vários autores face às suas áreas de investigação[55].

---

[54] Neste mesmo sentido V. Miranda, Jorge, Direito da Economia, policopiado, 1983, p. 68, onde afirma: "a Constituição dita económica não é algo que se contraponha à Constituição dita política, com uma problemática distinta.".

[55] Acentuando esta dificuldade de abordagens, para o caso, no estudo da Constituição Económica italiana V. CASSESE, Sabino, *La nuova costituzione económica: lezioni*, Laterza, Roma, 2005, pp. 5.

Sem pretender ser exaustivo, desiderato mais quantitativo que qualitativo, e que recusamos como vector determinante de uma investigação desta natureza, é possível dialogar, por assim dizer, com alguns dos autores mais dedicados a esta problemática, em busca de elementos que permitam sustentar uma definição tentativa de Constituição Económica.

Face aos elementos recolhidos é possível tomar por assentes os seguintes aspectos: a Constituição Económica tem uma dimensão formal e uma dimensão material.

Quer de um ponto de vista teórico quer do ponto de vista das consequências da análise parece preferível adoptar uma visão ampla do conceito de Constituição Económica, por forma a abranger não só a Constituição Formal como a Constituição Material.

No que respeita à Constituição Formal estamos perante um conjunto de normas integradas no texto constitucional mas que, como se referiu a propósito da problemática da autonomia da Constituição Económica face à Constituição Política, não se circunscrevem sistematicamente à parte II – Organização Económica (artigos 80.º e ss.).

Assim, a Constituição Económica em sentido formal resulta de um complexo mais vasto de normas directa e materialmente relevantes: cfr., entre tantas, o artigo 2.º, relativo ao Estado de Direito Democrático, que inclui naquele conceito a realização da "democracia económica", o artigo 9.º, relativo às tarefas fundamentais do Estado, o artigo 293.º, relativo às reprivatizações ou mesmo o artigo 288.º que consagra como limites materiais de revisão determinados aspectos da Constituição Económica.

Ainda materialmente relevantes são as normas relativas a determinados direitos e deveres fundamentais (maioritariamente consagrados nos artigos 58.º e ss., relativos aos Direitos e deveres económicos), sendo inegável que integram a Constituição Económica, por exemplo, as regras relativas à propriedade privada (cf. o artigo 62.º)[56].

Mas a Constituição Económica em sentido formal abrange também, e este é um aspecto decisivo, normas relativas à organização do poder político (Parte III, artigos 108.º e ss.) que relevam já não pelo objecto ou matéria mas porque "acabam por produzir um efeito ordenador, como sucede, por exemplo, com as que se reportam à repartição de poderes entre órgãos de soberania."[57].

Se a definição do âmbito da Constituição Económica em sentido formal, pese embora não isenta de dificuldades, é relativamente objectiva, já a abordagem da Constituição Económica em sentido material presta-se a maiores flutuações e entendimentos por vezes contraditórios[58].

---

[56] V., no caso de Angola, a apreciação de PAHULA, Ovídio, *A evolução da constituição económica angolana*, Casa das Ideias, S/L, 2010, em especial pp. 107 e ss..

[57] FERREIRA, Eduardo Paz [2001], p. 62. Embora muitas vezes referida não existe evidência inequívoca que determinadas organizações do poder político (v.g. parlamentarismo *vs* presidencialismo) tenham uma correlação com as opções por um Estado mais ou menos interventivo. Cf. PERSSON, Torsten e Guido Tabellini, "Democracy and development: the devil in the details", *American Economic Review*, Volume 96, n.º 2, AEA, Pittsburgh, 2006, pp. 319 e ss..

[58] Pronunciando-se por uma metodologia assente em três atributos V. MORAIS, Luís D. S., "O novo direito da economia e a Constituição Económica", *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 453 e ss., *máxime* pp. 481-482.

É cautelar, julga-se, abordar essa questão numa lógica "concêntrica", expandindo a Constituição Económica em sentido material a partir do núcleo essencial da Constituição Económica em sentido formal.

Assim, e desde logo, devem considerar-se como integrando a Constituição Económica em sentido material as normas, ainda que infraconstitucionais, directamente previstas na Constituição.

É o caso, *inter alia*, da Lei de Delimitação de Sectores (cf. o artigo 86.º n.º 3 da Constituição) ou das regras sobre apropriação pública dos meios de produção (cf. o artigo 83.º), bem como do regime constante da Lei-Quadro das Reprivatizações[59] (cf. o artigo 293.º).

São ainda de integrar no conceito de Constituição Económica em sentido material os regimes que dão corpo a aspectos estruturantes da Economia, no cumprimento dos objectivos constantes da Constituição Económica em sentido formal[60].

Estão nesta categoria o regime das leis da concorrência, as regras aplicáveis a determinados sectores fundamentais da Economia (v.g. comunicações, energia eléctrica[61], gás natural, transportes[62], entre outros) e

---

[59] Sobre a redacção originária da Lei n.º 11/90, ver MORAIS, Luís, *Privatização de empresas públicas – As opções de venda*, AAFDL, Lisboa, 1990 e FERREIRA, Eduardo Paz, "Aspectos gerais do novo regime do Sector Empresarial do Estado", separata de *Estudos sobre o novo regime do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 9 e ss..

[60] Como se poder ler em EUCKEN, Walter [1998], p. 385: "o mundo industrializado moderno (…) carece por conseguinte de certos princípios básicos da ordem económica, ou seja, de uma constituição económica".

[61] Cf. ANASTÁCIO, Gonçalo, "Regulação da Energia", *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, (org. FERREIRA, Eduardo Paz, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra, 2009.

demais leis que, com estas, são "fundamentais na definição da ordem jus-económica"[63].

É neste passo que duas opções fundamentais têm de ser feitas.

A primeira é saber se se incluem ainda no conceito de Constituição Económica em sentido material as demais regras legislativas, ou ainda os aspectos relacionados com a aplicação dinâmica das normas (mormente, decisões administrativas, regulatórias, arbitrais ou judiciais)[64].

Julgamos que não.

Embora fundamentais para a adequada compreensão e interpretação daquelas as normas jurídicas infraconstitucionais que não contribuam decisivamente para a definição dos traços essenciais do modelo de relação entre o Estado e a Economia não integram a Constituição Económica em sentido material.

---

[62] Para um interessante elenco dos vários sectores V. CARULLO, Antonio, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 3.ª edição, CEDAM, Pádua, 2005, respectivamente pp. 363 e ss., 389 e ss., 399 e ss. e 415 e ss.. V., ainda, AA. VV., *Regulación, desregulación, liberalización y competência,* Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 141 e ss.

[63] FERREIRA, Eduardo Paz [2001], p. 63.

[64] Como parece defender FERREIRA, Eduardo Paz [2001], p. 63., quando afirma "a noção de constituição económica em sentido material deve ir ainda mais longe e integrar os aspectos relacionados com a aplicação das próprias normas" pese embora o mesmo autor remeta depois estes aspectos para um novo conceito de "constituição real", cuja utilidade para melhor interpretar a Constituição Económica em sentido material parece inequívoca mas que, julgamos, é intenção, a final, do autor, manter separada do conceito estrito de Constituição Económica em sentido material.

Explicitando, ou estão em causa normas que integram o "núcleo essencial de normas jurídicas que regem o sistema e os princípios básicos das instituições económicas"[65] ou normas que, por estarem fora daquele "núcleo essencial" se devem considerar como não integrando a Constituição Económica em sentido material.

Defender outra solução é deixar esbater a ideia de essencialidade da norma para a definição da natureza do sistema como elemento qualificador da mesma enquanto parte da Constituição Económica em sentido material o que se traduz, salvo melhor opinião, na desqualificação da utilidade do próprio conceito de Constituição Económica em sentido material, uma vez que o mesmo passaria a abranger toda e qualquer norma em matéria económica.

Por seu turno, as decisões de aplicação das regras constantes da Constituição Económica em sentido material ou de outras regras em matéria económica não integram também a Constituição Económica em sentido material.

Desde logo porque não são já norma. São aplicação da norma ao caso concreto, sim, mas não se devem confundir com a norma em sentido próprio. São elemento interpretativo mas externo à realidade da Constituição Económica em sentido material, e não interno a esta[66].

O mesmo raciocínio se aplica, naturalmente, a decisões jurisdicionais ou para-jurisdicionais em matéria de interpretação das normas constantes da Constituição Económica em sentido formal, nomeadamente as adoptadas pela

---

[65] Cf. MORAIS, Luís D.S. [2012:481].

[66] Pese embora se reconheça, com MORAIS, Luís D.S. [21012:483] que sistemas constitucionais como o português, caracterizado por uma certa "diluição de conteúdo programático (…) a dimensão jurisdicional de concretização das normas ganha importância acrescida.".

Comissão Constitucional/Conselho da Revolução e, mais tarde, pelo Tribunal Constitucional (questão que retomaremos a propósito da revisão constitucional de 1982).

A segunda opção fundamental, eivada de dificuldades e complexidades, é saber qual o tratamento a dar à impropriamente designada "Constituição Económica Europeia"[67], isto é, ao complexo de normas de direito da União Europeia, quer de direito primário quer de direito derivado ou secundário que vigoram directamente na ordem jurídica nacional[68].

Adiante-se desde já a solução defendida: essas normas integram a Constituição Económica em sentido material mas não, naturalmente, a Constituição Económica em sentido formal, e fazem-no nas mesmas condições das demais normas infraconstitucionais, já acima referidas[69].

A solução adoptada entronca na magna questão da relação entre o Direito Interno, incluindo o constitucional e o Direito da União Europeia.

Não sendo matéria que respeite apenas à Constituição Económica, embora também à Constituição Económica, seria porventura mais fácil alegar a pertença

---

[67] Cf. HUBRECHT, Hubert-Gérald [1997:148 e ss.], ORTEGA, Ricardo Rivero, *Derecho administrativo económico*, 4.ª edição, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 53 e ss..

[68] Cf. CHALMERS, Damiam e Eirka Szyszczak, *European Union Law*, Volume II, Ashgate Publishing Ltd., Hants, 1998.

[69] FERREIRA, Eduardo Paz, "Em torno das constituições financeira e fiscal e dos novos desafios na área das finanças públicas", separata de *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 7 vai mais longe ao entender que à constituição económica de 1976 sucedeu, hoje, uma "nova constituição económica, resultante sobretudo da sombra que sobre ela projecta a Constituição Económica Europeia que progresivamente se vai afirmando.".

da mesma aos meandros do Direito Constitucional ou mesmo do próprio Direito da União Europeia mas esse expediente traduziria uma deferência a compartimentos artificiais, criados nem sempre por boas razões e sacrificar a utilidade material em nome de um refúgio formal. Não o faremos.

Por muito que essa posição contraste com uma certa dominância doutrinária julgamos ser liquido que o Direito da União Europeia tem valor infraconstitucional[70].

Desde logo cumpre salientar que noutros países da União Europeia a nossa posição é líquida[71].

Ora sendo o Direito da União Europeia o mesmo para todos e estando sempre em causa a relação do mesmo com os textos constitucionais dos Estados-membros desafia a lógica, sendo um verdadeiro *non sequitur* afirmar-se que, perante o mesmo Direito da União Europeia e textos nacionais de igual valor constitucional, alguns são hierarquicamente superiores e outros … não.

Não reconhecemos, o primado do direito da União Europeia sobre o próprio texto constitucional[72].

---

[70] V., para um levantamento exaustivo desta matéria, MIRANDA, Jorge e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada* 2.ª Edição, Wolters Kluwer - Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 168 a 176.

[71] Sobre a posição alemã V. FERREIRA, Eduardo Paz, *União económica e monetária: um guia de estudo*, Quid Juris, Lisboa, 1999, pp. 85, onde refere que "Considerou, com efeito o Tribunal alemão que ao ratificar o Tratado da União Europeia (…) a Alemanha não se sujeitaria a um nebuloso movimento "automático" para a união europeia que ficasse fora do seu controlo".

[72] Inversamente V. RAMOS, Rui Manuel Moura, "Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 1243.

Para muitos autores a Constituição Económica Europeia é uma constituição liberal ou neoliberal[73], e não deixam de se ter de reconhecer indícios amplos de uma preferência por esse tipo de soluções, ainda que sempre contextualizadas no âmbito da construção do mercado comum.

### 2.2.3 A Constituição Económica de 1976

A Constituição de 1976 é marcada, nomeadamente nos aspectos relativos à organização económica, por um duplo objectivo: se é, como todas as constituições programáticas, prospectiva é, também, fruto da necessidade de dar adequado enquadramento àquilo que foi o chamado período revolucionário de 1974-1976.

Dito de outra forma, o texto de 1976 estava politicamente condicionado, por um lado, pelo pacto MFA-Partidos e, por outro, pela necessidade de dar enquadramento e legitimidade a transformações já entretanto decididas num período de ausência de uma Constituição em sentido formal.

De facto, e ao contrário do que acontece noutras matérias, não se pode considerar que a Constituição de 1933 tenha vigorado, ainda que supletivamente, para lá de Abril de 1974.

O conjunto de decisões e políticas então adoptadas vai, outrossim, constituir uma nova ordem constitucional material que, sem suporte literal (sendo

[73] Ainda que essa intenção possa nem sempre ter estado claramente presente. Cf. HUBRECHT, Hubert-Gérald [1997:148]: “on a la pénible impression que nous dirigeants n’ ont pas totalement realisé qu’ils ont contribute avec l’ardeur des néophytes à la construction d’une Europe libérale (…)”.

notavelmente omisso nesta matéria, por exemplo, o Programa do Movimento das Forças Armadas) se constitui em torno de uma ideia de reconhecimento e garantia de direitos económicos e sociais para as classes mais desfavorecidas, elevando o seu nível de vida, construída por oposição a uma visão de um sistema anterior pautado pela presença de grandes grupos económicos, protegidos pelo Estado (a chamada "estratégia antimonopolista")[74].

A via para a realização dessa ideia não estava definida à partida, mas traduziu-se numa realidade centrada em decisões tomadas num momento particular, o de Março de 1975: as nacionalizações[75].

Este processo, temporalmente muito limitado, veio a marcar decisivamente a Constituição de 1976. De facto, pese embora a proclamação de uma transição para uma economia estatizada, com uma configuração formal da iniciativa privada como uma realidade condicionada ao interesse geral (cf. a formulação original do artigo 84.º n.ºs 1 e 3) e, de certa forma, supletiva, não se verificou, como alguns apontavam[76], um movimento geral de constrição da iniciativa privada.

Ela surge, desde logo, como legitimadora daquilo a que se pode chamar a pré-constituição económica[77], que abrangia, para além dos aspectos já

---

[74] Cf. OTERO, Paulo, "Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976", *in* Tribunal Constitucional – 35.º aniversário da Constituição de 1976, Volume I, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

[75] FERREIRA, Eduardo Paz [2001:101].

[76] Cf. MARTÍNEZ, Pedro Soares, *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Verbo, Lisboa, 1978, p. 137, fala mesmo numa "*tolerância transitória* relativamente à propriedade privada e à livre iniciativa.".

[77] Cf.FRANCO, António de Sousa e Guilherme de Oliveira Martins, *A Constituição Económica: ensaio interpretativo*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 137 e ss.. V. ainda MIRANDA, Jorge, A Constituição de 1976 – Formação, Estrutura, Príncipios Fundamentais, Petrony, Lisboa, 1978, p. 21.

mencionados (consagração de direitos sociais e de índole laboral, nacionalizações e consagração como crimes económicos de certas realidades), uma reforma agrária notoriamente ideológica, bem como uma certa prática de tolerância política para com fenómenos de ocupação de empresas, terras e habitações.

Este era um ponto fundamental do chamado Pacto MFA-Partidos que enquadrou os trabalhos da Assembleia Constituinte[78].

No momento em que a Constituição é aprovada, contudo, existe já um afastamento do ponto de vista do consenso social entre estes aspectos mais ideologicamente acentuados e a vontade expressa eleitoralmente nas urnas.

Presa, por assim dizer, entre a necessidade de legitimar o período pré-constitucional (1974-1976) e reflectir o entendimento já então maioritário, de uma certa visão menos radicalizada de certas matérias.

É por isso que a generalidade dos autores assinala um carácter compromissório à Constituição.

Fazem-no, é certo, com enfoque no compromisso entre o princípio democrático, que esteia a constituição política e o princípio socialista[79], que suportaria a constituição económica e que é, em si mesmo, um equilíbrio original, sem paralelo conhecido.

---

[78] Cf. MIRANDA, Jorge, (1978:21).

[79] FERREIRA, Eduardo Paz [2001:110].

Mas ela não é menos fruto de um outro compromisso, entre o período revolucionário e o período pós-revolucionário ou, se preferirmos, entre a pré-Constituição e a Constituição de 1976.

Prova de que o consenso político maioritário era já outro é a sucessão de leis estruturantes, aprovadas logo a seguir à entrada em vigor da Constituição de 1976, que vêm mitigar ou, pelo menos, ler de forma não *purista* ou literal o programa económico socialista.

São os casos, logo em 1977, entre outras, da Lei de Delimitação de Sectores[80], da Lei de controlo de gestão[81], da Lei de Bases da Reforma Agrária[82], e do regime de indemnizações por nacionalização[83], entre outros diplomas.

E este carácter quase anti-programático da constituição económica vai acabar por se manter pelo menos durante a primeira fase da vida da Constituição Económica, isto é, até à revisão de 1989.

### 2.2.4 A evolução da Constituição Económica: a dinâmica constitucional

A existir algum consenso fácil sobre a dinâmica constitucional em torno da Constituição Económica será o de que muito mudou na Constituição originária de

[80] Lei n.º 46/77, de 8 de Julho.

[81] Lei n.º 46/79, de 15 de Setembro.

[82] Lei n.º 77/77, de 29 de Setembro.

[83] Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro.

1976[84]. Alguns entenderão que mudou demais, outro que de menos, mas essa é uma questão autónoma.

Entre referências a evolução, ruptura ou transmutação descortina-se com facilidade o sentimento de que a actual constituição económica se afastou inexoravelmente dos ideais de uma economia socialista proclamados na Constituição Económica de 1976.

Do ponto de vista da Constituição material, como vimos, esse afastamento começou imediatamente após a aprovação da Constituição.

E é sintomático que as revisões mais profundas nessa matéria tenham sido logo as primeiras (1982 e 1989), ainda que nem todos os autores, julgamos, valorizem suficientemente[85] a revisão de 1982, sendo normalmente dado destaque à revisão de 1989.

Atendendo à visão que temos do contexto e limites que presidiram ao texto original da constituição vemos a revisão de 1989 não como um momento que suscita uma ruptura constitucional mas sim como mais um momento em que é

---

[84] Cf. FERREIRA, Eduardo Paz, "A Constituição Económica de 1976: «que reste-t-il de nous amours»", *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 383 e ss, concluindo mesmo que o modelo vertido na Constituição Económica de 1976 (cf.P. 385) "nunca passasse de um arquétipo sem tradução prática".

[85] Cf. FERREIRA, Eduardo Paz, "A Constituição Económica e a União Económica e Monetária: da construção do socialismo ao credo monetarista", separata de *Em torno da Revisão do Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 190: "Parece, assim, claro que a revisão de 1982 representou um ponto de passagem no percurso da constituição económica sem um especial significado (…)" embora sublinhe que "a constituição real (…) continuou a orientar-se no sentido de uma prática indiferença ao projecto teleológico da Constituição, como se pode ver de um conjunto de medidas legislativas que iriam antecipar a revisão constitucional de 1989.".

possível verificar a adesão do texto constitucional à evolução da constituição económica material[86].

Pese embora a sua declarada intenção programática, isto é, percursora de determinado sentido de evolução vemos a Constituição Económica mais como sendo influenciada pela constituição material do que o contrário.

A revisão de 1982 só não foi mais longe na expressa *inversão* de algumas opções fundamentais (de que a irreversibilidade das nacionalizações é claramente o aspecto mais marcante) por falta de condições políticas que o permitissem.

Foi preciso esperar pela normalização do quadro de fiscalização da Constituição – e da constitucionalidade das revisões constitucionais no contexto dos limites materiais de revisão – para poder verter inteiramente no texto constitucional aquele que era já – quiçá desde sempre – o consenso social e político da comunidade.

Concretamente, o desaparecimento da original solução Comissão Constitucional/Conselho da Revolução e a sua substituição, para o que nos interessa, pelo Tribunal Constitucional têm um significado nem sempre destacado e quase nunca valorizado com esta perspectiva no contexto da apreciação da dinâmica da Constituição Económica, mas que se entende como decisivo[87].

---

[86] FERREIRA, Eduardo Paz [1997:191], citando os seguintes casos "lei de base de delimitação dos sectores vedados à iniciativa privada, criação de títulos de participação em empresas públicas (…) regime de alienação das participações sociais públicas (...) admissão da possibilidade de privatização de empresas públicas até cinquenta por cento (…)".

[87] Desde logo porque era um órgão com uma uma dupla natureza: por um lado, órgão «político" (ou «político-jurídico") de consulta obrigatória do Conselho da Revolução; por outro, órgão jurisdicional supremo em sede de fiscalização "judicial" da constitucionalidade.

Prova disso mesmo é que, no período entre a revisão de 1982 e a revisão de 1989 foram aprovados diplomas que, não fora esta circunstância, e face ao teor literal da Constituição Económica resultante da revisão de 1982, dificilmente teriam passado no crivo da constitucionalidade, atendendo ao que era a orientação predominante[88].

São os casos, e como já referido, da Lei de Delimitação de Sectores que, depois de várias tentativas frustradas, veio a ser revista[89], e da legislação que prevê, na prática, a possibilidade de privatizações até 49,9% do capital das empresas[90], para citar apenas os mais emblemáticos.

A partir deste momento, não na Constituição formal, mas na Constituição material estava ultrapassado o dogma da irreversibilidade das nacionalizações bem como o de existir uma direcção irrevogável de criação de uma economia de tipo socialista.

A adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia em 1986 veio criar condições para que, na revisão de 1989, se vertessem na Constituição formal estas realidades, sendo abandonado expressamente o princípio da irreversibilidade das nacionalizações e introduzidas inúmeras outras alterações.

---

[88] Veja-se, por exemplo, as sucessivas dificuldades na revisão da Lei de Delimitação de Sectores, bem patentes, *inter alia*, nos Pareceres n.° 13/80 e 23/81, da Comissão Constitucional.

[89] Cf. os Decretos-lei n.ºs 406/83, de 19 de Novembro e 449/88, de 10 de Dezembro.

[90] Cfr., *inter alia*, a Lei 84/88, de 20 de Julho e os Decretos-lei n.ºs 321/85, de 5 de Abril, 71/88, de 24 de Maio e 328/88, de 27 de Setembro.

Esta realidade leva muitos autores a falarem mesmo, a propósito da revisão de 1989, numa "nova constituição económica"[91].

Independentemente da forma como se articulam as importâncias relativas das revisões de 1982 e 1989 é forçoso reconhecer que, depois desta, efectivamente, a natureza do projecto constitucional em matéria de relação entre Estado e Economia e de modelo económico preconizado se altera.

Da proclamação, mais ou menos inconsequente, da construção de uma Economia de modelo socialista passamos a uma situação – até hoje largamente inalterada – em que a Constituição permite articular os diferentes modos de iniciativa económica de forma flexível, compreendendo em si mesma uma multiplitude de opções políticas, com limitações apenas quanto a aspectos marginais.

As revisões que se seguiram, em 1992 e 1997, vieram, no essencial, adaptar o texto constitucional aos princípios dos Tratados da União Europeia, Maastricht e Amesterdão, consagrando ainda outras alterações referentes, designadamente, à capacidade eleitoral de cidadãos estrangeiros, à possibilidade de criação de círculos uninominais, ao direito de iniciativa legislativa aos cidadãos, reforçando também os poderes legislativos exclusivos da Assembleia da República.

No que respeita à Constituição Económica estamos em presença de adaptações relativas à criação do Sistema Monetário Europeu e, posteriormente, da União Económica e Monetária (aspecto analisado *infra*, a propósito dos instrumentos de intervenção pública) sem impacto expressivo sobre as matérias de relação entre o Estado e a Economia.

---

[91] FERREIRA, Eduardo Paz [2001:128]

Dois aspectos, contudo, revelam uma importância decisiva.

Como já referido *supra*, a revisão de 1992 veio "recepcionar" a ordem jurídica comunitária em matéria económica que tem uma visão diferente e que virá a prevalecer muitas vezes, do papel do Estado na Economia.

Em 1997 assistimos ao fim da obrigação da existência de sectores vedados à iniciativa privada que, embora funcionasse a título residual, era simbólico ainda da ideia de uma economia socialista, onde determinados sectores económicos ficavam à responsabilidade do Estado, não podendo os privados aí exercer actividade salvo mediante concessão. Em vez de uma obrigação de se vedarem determinados sectores resta agora a possibilidade de essa vedação acontecer[92].

As revisões de 2001 e 2004 versaram, no essencial, matérias de direito internacional[93] e de autonomia regional[94], de limitação de mandatos e de modernização do princípio da igualdade.

No que respeita à dimensão Europeia em 2004 clarificadas as normas referentes às relações internacionais e ao direito internacional, como, por exemplo, a relativa à vigência na ordem jurídica interna dos tratados e normas da

---

[92] Não obstante este facto a Lei de Delimitação de Sectores, Lei n.º 88 -A/97, de 25 de Julho tem conhecido poucas alterações, sendo de salientar a exclusão dos serviços postais dos sectores vedados, operada pela Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril.

[93] Em 2001 a Constituição foi alterada para permitir a ratificação, por Portugal, da Convenção que cria o Tribunal Penal Internacional, alterando as regras de extradição.

[94] Em 2004, aprofundou-se a autonomia político-administrativa das regiões autónomas dos Açores e da Madeira.

União Europeia e, por fim, em 2005 foi aprovada a 7.ª Revisão Constitucional que através do aditamento de um novo artigo, permitiu a realização de referendo sobre os tratados que visem a construção e o aprofundamento da União Europeia.

### 2.2.5 A Constituição Económica vigente

A actual constituição económica pauta-se por um modelo de relacionamento entre o Estado e a Economia que é claramente mais favorável à iniciativa privada do que o originalmente consagrado na Constituição de 1976[95], mas que não cerceia a intervenção pública.

Se tivermos de eleger uma característica decisiva do ecossistema normativo nesta matéria a ideia de flexibilidade da intervenção pública pode e deve ser relevada.

O actual texto constitucional permite a intervenção directa do Estado como produtor, reserva determinados recursos naturais colectivos para o domínio público, prevê o amplo recurso a instrumentos regulatórios para orientação da iniciativa privada e um princípio geral de não intervenção fora do cumprimento dos mandatos constitucionais.

Com excepção notável de situações extremas em que um dos subsectores económicos desaparecesse de todo (há uma reserva de mínimo) qualquer combinatória de políticas mais ou menos intervencionistas pode ser equacionada.

---

[95] FERREIRA, Eduardo Paz [2001:45] pronuncia-se no sentido de a actual constituição económica reflectir uma "profunda alteração nas concepções de política económica e do papel do Estado e com a crescente afirmação de formas de regulação económica que tendem a substituir a intervenção directa do Estado (…)".

Como resulta do artigo 80.º alínea b) e artigo 82.º da Constituição é garantida a "coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção", isto é, de um sector público, de um sector privado, e de um sector cooperativo.

No plano das limitações à iniciativa privada a Constituição expressamente prevê a possibilidade de certos sectores serem vedados à mesma (cf. o artigo 86.º n.º 3), mas não só se trata de mera faculdade legislativa, já não se exigindo, como anteriormente, que esses sectores vedados existam, como a actual solução nesta matéria, a Lei de Delimitação de Sectores[96] restringe muito pouco à iniciativa privada.

Na sequência das alterações recentes[97] são vedados às empresas privadas:

a) a captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso - de sistemas multimunicipais e municipais,

b) Transportes ferroviários explorados em regime de serviço público;

c) Exploração de portos marítimos.

---

[96] Cf.a Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de Junho.

[97] Cf.a Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril e a Lei n.º 35/2013, de 11 de Junho.

Admite-se, contudo, para todas aquelas áreas, que as empresas privadas possam ter actividade mediante concessão por parte do Estado.

Na mesma lei, existem ainda restrições quanto à exploração mineira, resultantes da natureza de domínio público do Estado (cf. o artigo 84.º da Constituição) dos recursos a explorar, embora se admita a concessão da sua exploração económica e um regime restritivo de acesso à indústria de produção e comércio de bens militares, que é incluído neste diploma mas que, na prática, respeita mais a um sistema de licenciamento particularmente apertado (que se justifica pela natureza dos bens em causa), e menos a uma verdadeira proibição de acesso ao sector de actividade económica.

Tudo somado, portanto, em termos de vedação de determinados sectores à iniciativa privada temos um perímetro relativamente circunscrito e um regime de não vedação absoluta, sendo genericamente admitida a concessão da exploração.

Por outro lado, a dimensão ainda existente do sector empresarial do Estado mostra bem que a iniciativa directa pública tem também um espaço de intervenção que a Constituição limita pouco, pese embora as pressões oriundas do ordenamento jurídico da União Europeia.

A participação portuguesa na União Europeia não se reflecte só indirectamente por via de alterações na Constituição Económica formal feitas com vista a permitir a plena participação de Portugal no processo de construção europeia. Esse é um impacto limitado e circunscrito.

A real dimensão do impacto da participação na União Europeia advém da recepção no direito interno daquilo a que se designa normalmente por Constituição Económica Europeia.

Esse complexo de direito originário e derivado vigora na ordem jurídica interna nos termos previstos na Constituição e com os limites já referidos.

Embora formalmente neutra quanto à organização dos meios de produção – cf. o artigo 345.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (antigo artigo 295.º do TCE) – a verdade é que, muito fruto do direito derivado e, nomeadamente, do regime sobre Auxílios de Estado, das regras sobre empresas públicas e sua relação financeira com o Estado e a definição dos Serviços de Interesse Económico Geral e da subordinação dos mesmos aos objectivos de criação de um Mercado Comum as regras europeias são mais avessas ao intervencionismo dos Estados-membros do que a favor dessa mesma intervenção.

## 2.3. Sobre o conceito de bem-estar social

Entende-se conveniente fixar, nesta fase introdutória da pressente dissertação o conceito de *bem-estar social* que, por estar subjacente e imanente em inúmeros pontos da mesma, se afigura como central.

Essa centralidade advém, desde logo, de se entender que o mesmo opera em duas dimensões da maior importância:

1. Se por um lado está em causa a maximização do *bem-estar social* sempre que estivermos a tratar de matérias sobre o funcionamento do mercado enquanto tal, isto é, enquanto fim em si mesmo;

2. Por outro lado, é na questão de saber se a forma como esse *bem-estar social* é distribuído entre todos os participantes que se centra a reflexão sobre muitas das formas de intervenção pública.

Isto porque, como veremos, são estas as duas dimensões em que a discussão tem de ser feita, e essas duas dimensões, embora contenham inúmeros pontos de contacto e sejam reciprocamente condição e consequência uma da outra, devem ser mantidas sempre em primeiro plano, com clareza, para tratar de forma adequada as diferentes matérias.

De facto, uma coisa é conceber o Estado como corrector das falhas de funcionamento do mercado (V. *infra*, Ponto 3*)*, em que o seu papel é neutro quanto ao tipo de distribuição do *bem-estar social* que daí resulta. Outra, bem diversa (V. *infra*, Ponto 4 e seguintes) é entender que essa distribuição adequada é

central para a própria existência de uma sociedade organizada e verificar se pode e deve o Estado ter um papel nessa matéria.

A cognoscibilidade de muito do que se dirá depende, portanto, da prévia fixação que se faça do sentido em que entende esta realidade[98].

Somos, assim, convocados a avançar uma definição do que se deve entender por bem-estar social.

Muito sumariamente a medida do bem-estar social ou excedente total, como também é conhecido, obtém-se pela soma:

a) Do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), ou Excedente do Consumidor, mensurável pela diferença entre o preço que o consumidor está disposto a pagar, isto é, o valor atribuído pelo consumidor a um bem, e aquilo que efectivamente paga, cujo resultado traduzirá o acréscimo de bem-estar que o consumidor obtém através das trocas realizadas no mercado; e

b) Do bem-estar do produtor (*producer welfare*) ou Excedente do Produtor, mensurável pela diferença entre o preço mínimo pelo qual o produtor está disposto a vender e o preço a que a venda é, efectivamente, efectuada.

O bem-estar geral ou, como preferimos, bem-estar social (*total welfare*) é, pois, a soma do excedente do consumidor com o excedente do produtor.

---

[98] Seguimos de perto a posição, exposta com notável clareza, de ARAÚJO, Fernando, *Introdução à Economia 3*.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012 e o nosso *A Regulação Económica como instrumento de (des)intervenção do Estado na Economia*, policopiado, Lisboa, 2005.

Ora um mercado que promova uma afectação de recursos tal que maximize este excedente total, nomeadamente em termos de alocação dos recursos[99], será um mercado *eficiente*[100].

Assim fixada a dimensão positiva do conceito é bem de ver que qualquer desvio ao bem-estar social máximo possível é mensurável e analisável, normalmente sob uma de duas designações: perda absoluta de bem-estar ou *deadweight loss*.

---

[99] Dito de outra forma, quando se esteja na fronteira das possibilidades de produção. A fronteira de possibilidades de produção consiste numa linha imaginária em que se atingem as quantidades máximas de produção que podem ser conseguidas numa determinada economia, face a duas limitações fundamentais, as tecnologias existentes e as quantidades dos factores produtivos de que se dispõe.
Numa economia imaginária em que sejam produzidos apenas dois bens, se todos os recursos fossem utilizados para produzir um deles, conseguir-se-ia produzir uma determinada quantidade máxima desse mesmo bem e nada do outro. De igual forma, se os recursos fossem transferidos na sua totalidade para o outro bem, seria conseguida uma determinada quantidade máxima de produção desse mesmo bem e não se produziria nada do primeiro. Além destas duas possibilidades extremas, existem inúmeras situações intermédias de repartição dos recursos para a produção dos dois bens e que resultam em diferentes quantidades máximas de produção de cada um deles. Todos os pontos nessa linha quando unidos traçam a fronteira das possibilidades de produção.
Essa fronteira pode alargar-se ou pela obtenção de novos recursos produtivos ou pela melhoria da forma como os mesmos são utilizados. Para este efeito, o facto humano conta como recurso produtivo e desempenha um papel central.

[100] Eficiente mas permeável à crítica de que "…dollar-based assessments of value unfairly exclude consideration of social values and objectives that are not easily quantifiable in monetary terms." (MALLOY, Robin Paul, Law and market economy – Reinterpreting the values of Law and Economics, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 145).
Sobre as insuficiências do conceito V. ainda MALLOY, Robin Paul [2000:148]: "As should be evident from this discussion, the pursuit of economic efficiency cannot tell us how to maximize wealth. At best it can assist us in some aspects of speculative inquiry but there are limitations and problems with its use. This is because efficiency analysis is incomplete – it is not dynamic and fails to address the indeterminate nature of creative discovery that is important to wealth formation. (…) efficiency analysis does little to relive us from our obligation to engage in an ongoing process of social discourse and exchange.".

De notar que ao conceito de perda absoluta de bem-estar temos de somar o conceito da perda relativa de bem-estar – ou transferência de bem-estar – que ocorre quando o produtor ou o consumidor capturam parte do bem-estar da contraparte, sem que tal implique uma diminuição da totalidade do bem-estar social ou, em situações mais complexas, podem estar em causa perdas relativas de bem-estar social que impliquem também perdas absolutas de bem-estar social.

De notar que o conceito de bem-estar social na forma como é genericamente entendido omite qualquer preocupação sobre a distribuição do excedente entre o produtor e o consumidor[101].

Isto é, considera como eficiente qualquer combinatória de Excedente do Produtor[102] e Excedente do Consumidor que produza o Excedente Total máximo possível[103].

---

[101] Aspecto em que bem se reflecte a origem deste tipo de formulações, que se podem reconduzir ao "óptimo de Pareto" que apenas reflecte a *eficiência* atingida, não o grau de justiça subjectiva da mesma. Todavia, o facto do "óptimo de Pareto" não contemplar a questão da *repartição* da riqueza é um elemento positivo, na medida em que permite isolar as considerações de redistribuição das de eficiência.
Noutro sentido, e a propósito da internalização desses aspectos nas decisões das autoridades de concorrência V. AMATO, Giuliano, 1997 *Antitrust and the Bounds of Power –the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart Publishing, Oxford, p. 23, quando afirma: "Nor can it be said, as some do, that with this approach the original antitrust law was taking on tasks that did not belong to it, being "multi-purpose" because it considered not just or even primarily the economy, the market and its rules, but no less social equilibrium and the defence of freedoms and equality in the face of the political process, which is instead a matter for democracy and its rule".
Nas palavras do próprio: "We will say that the members of a collectively enjoy *maximum ophelimity* in a certain position when it is impossible to find a way of moving from that position very slightly in such a manner that the ophelimity enjoyed by each of the individuals of that collectively increases or decreases." (PARETO, Vilfredo, *Manual of Political Economy*, (trad. Ann S. Schwier), Macmillan, Londres, republicado *in Welfare Economics*, vol. II, 1972, (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001, p. 261).

Ou, o que corresponde à mesma afirmação, desde que haja eficiência produtiva[104], independentemente da eficiência "alocativa"[105].

---

[102] Uma preocupação essencial de qualquer empresa privada. Cf. SAMUELSON, Paul Anthony, *Foundations of Economic Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 1963, p. 21: "A large part of entrepreneurial behaviour is directed towards maximization of profits whit certain implications for minimization of expenditure, etc.".

[103] Exemplificando: considere-se o Excedente Total como tendo um valor de 100. Um Excedente de Consumidor de 10 e um Excedente de Produtor de 90 ou vice-versa são igualmente eficientes quando comparados com a situação inversa e, bem assim, com qualquer combinação de valores cuja soma seja 100.

[104] Criticamente V. BUCHANAN, James M., "Rent seeking and profits seeking", *The economic analysis of rent seeking,* The International Library of Critical writing in Economics, Edward Elgar, Cheltenham, 1995, p. 53: "… economists have concentrated far too much attention on efficiency and far too little on the political role of markets.".

[105] Cf. CHURCH, Jeffrey [2000:750]: "Allocative efficiency [occurs] when the social marginal benefit of the last unit produced equals its social marginal cost.".

# 3. Instrumentos de Intervenção Pública

## 3.1 A tríade clássica: as políticas monetária, cambial e orçamental

Os Estados dispõem de determinados instrumentos para alcançar objectivos específicos. Dependendo do número de variáveis que sejam controláveis, a política económica será mais ou menos flexível e eficiente.

No contexto de uma crise económica, a política do Estado procura, classicamente, intervir no sentido de aumentar a eficiência económica e a competitividade das empresas, quer usando a política monetária e cambial quer recorrendo ao instrumento orçamental.

A ideia de que a política económica pode ser usada para influenciar o nível da actividade económica e do emprego (política de estabilização macroeconómica) permitindo a um país atingir níveis de produção óptimos acompanhados de pleno emprego (não tão pleno que constitua uma tensão inflacionista) existe, pelo menos, desde o período liberal e em reacção a este.

De facto, a própria globalização da economia tem também restringido, na prática, a capacidade dos governos nacionais de usarem determinadas políticas (*maxime*, as políticas proteccionistas de base pautal).

Como veremos essa restrição é ainda mais veemente no contexto do processo de integração europeia.

A política monetária permite aos governos reagir perante situações de crise económica adoptando uma política monetária contra cíclica, que estimulasse uma maior expansão do crédito, nomeadamente através de uma baixa das taxas de juro nominais.

Por via do uso deste instrumento estimula-se o investimento privado e permite-se às empresas nacionais uma acrescida capacidade de investir, reconverter e melhorar a sua performance no mercado.

Se, por outro lado, a crise resultar de uma conjuntura de crescimento não sustentado a política monetária pode ser usada para a combater.

Nestes casos, vulgarmente designados como de "sobreaquecimento" da economia, um aumento oportuno das taxas de juro pode absorver a liquidez excessiva que determina a tensão inflacionista, pois desvia do consumo para o aforro os fluxos monetários (paradoxalmente, uma subida das taxas de juro significa também penalizar o mercado de capitais).

Nos casos acima descritos também a política cambial tem uma tradição de ser usada pelas autoridades para quebrar ciclos económicos adversos.

De uma forma simplista, a valorização da moeda permite controlar a dívida externa, valorizar a credibilidade da economia e vencer dificuldades ao nível da procura agregada.

Já a desvalorização da moeda destina-se, em regra, a aumentar a competitividade externa das empresas nacionais e a atrair investimentos na área produtiva (daí ser comum falar-se em desvalorizações competitivas da moeda – matéria suficiente sensível para ser alvo, nos Estatutos do FMI, de uma proibição

explícita do uso das desvalorizações competitivas como forma de equilibrar a balança de pagamentos – Art.º IV, secção 1, alínea iii)).

Por fim, o essencial poder Orçamental do Estado, na medida em que, reconduzindo-se esse Poder à ideia moderna de Intervenção do Estado, os meios utilizados são de índole financeira e têm de constar, por definição, do Orçamento de Estado.

Em tese, o Estado visa alterar o comportamento dos agentes económicos através de medidas positivas ou negativas que tendem a modificar o que seria a normal actuação dos agentes económicos.[106]

.

Assim, ao invés de o fazer por via legislativa (usando do poder legislativo), o Estado vai procurar, através da inscrição no Orçamento de receitas ou despesas relacionadas com esse fim, mas sem chegar a agir como um agente económico, influenciar o mercado.

O Orçamento pode ser usado para reagir a um choque assimétrico ou uma crise económica em geral em várias medidas.

Em primeira linha, porque através dele é possível corrigir o funcionamento dos estabilizadores automáticos, primeiro passo para controlar um choque económico. Mas o Orçamento pode também protagonizar uma expansão premeditada das despesas públicas de investimento.

---

[106] Cf. CABRAL, Nazaré da Costa, *Programação e decisão orçamental: da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade económica,* Almedina, Coimbra, 2008.

Se se deixarem os estabilizadores automáticos funcionar as receitas sofrerão uma quebra, mais não seja porque a diminuição do crescimento económico (e, por maioria de razão, a recessão) implicam uma quebra na colecta de impostos e o aumento das despesas de índole social acaba por levar a um desequilibro orçamental que tende a inviabilizar as políticas de investimento.

Isto implicaria, a nível europeu, abrir uma discussão sobre a necessidade de centralizar políticas associadas aos estabilizadores automáticos (v.g. subsídio de desemprego e impostos[107]).

Tradicionalmente, o Estado assume, em tempo de recessão, o papel de motor da economia, gerando trabalho e riqueza através de planos ambiciosos de investimento. No entanto, existem importantes limites ao uso dos instrumentos clássicos por um Estado-membro no contexto da União Europeia[108].

A Europa está, hoje a braços com uma União Económica e Monetária em que um talvez excessivo entusiasmo inicial[109] dá agora lugar a um certo pessimismo, esperemos que também ele excessivo.

---

[107] Cfr. GONÇALVES, José Renato, *Unificação monetária europeia e desenvolvimento regional* , policopiado, Lisboa, 2007, pp. 1019 e ss.. Concretamente, a pp. 1033, o autor esclarece "Perante a ocorrência de choques assimétricos (…) um sistema unificado de segurança social e um sistema unificado de tributação funcionariam como mecanismos significativos de ajustamento.". Cfr, ainda FERREIRA, João Alexandre Pateira [2007:177].

[108] Cf. BALASSONE, Fabrizio e Daniele Franco, "Public Investment, The Stability Pact and The 'Golden Rule' ", *Fiscal Studies*, vol. 21, n. º 2, pp. 207 a 209, Institute for Fiscal Studies, Roma, 2000.

[109] Apesar da aparente facilidade – apenas aparente, como documentam notavelmente DYSON, Kenneth e FEATHERSTONE, Kevin, *The Road to Masstricht – Negotiating Eonomic and Monetaryt Union,* Oxford University Press, Oxford, 1999 - com que os 11 Estados-membros criaram a sua "Eurolândia" os processos de integração económica nem sempre atingem esta fase de

Desde 1 de Janeiro de 1999 o Euro passou a ser a moeda dos 11 países originalmente aderentes tendo sido nessa data fixadas irrevogavelmente as taxas de conversão entre essas moedas e o Euro, entrando também em vigor a vária legislação aplicável.

Dos países que mais recentemente acederam à UE são vários os que já competaram o seu processo de acesso à UEM.

A partir da entrada de um país na UEM a definição e execução da política monetária é comum[110] é da responsabilidade exclusiva do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu[111].

---

maturidade, sendo inúmeros os exemplos de projectos deste tipo que nunca chegaram a ser materializados.
Além dos exemplos históricos na própria Europa (V., por todos, VANTHOOR, Wim F. V., *European Monetary Union – A Political and Historical Analysis*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, 1997) podemos citar a situação actual do continente Africano, onde a dificuldade em levar a cabo com sucesso experiências de integração económica se vai tornando endémica. Para uma breve descrição desta realidade africana V. VASQUES, Sérgio, *A Integração Económica Africana – Textos Fundamentais*, Fim de Século Edições Lda., Lisboa, 1997, na página vii e ss. onde afirma: "Com efeito, os resultados produzidos por grande parte destas estruturas ficaram muito aquém do pretendido. Em alguns casos, a sua criação gerou mesmo resultados perversos. E o maior número [de experiências de integração] não produziu resultados alguns, constituindo mero testemunho formal de um entusiasmo de ocasião.".
V., ainda, FERNANDES, Joel Aló, *Integração Para o Desenvolvimento de África: a fusão de blocos económicos*, Editora Unijuí, Ijuí, 2009 e BASTOS, Fernando Loureiro, "A União Europeia e a União Africana – Pode um puzzle de que não se conhece a imagem final servir de modelo à integração do continente africano?", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.
O relativo sucesso, pelo menos até 2008, da experiência europeia entusiasmou, chegou a tentar os países do Mercosul no sentido de equacionarem uma União Monetária. V., nesta matéria, CASTRO, Jorge, "Hacia la moneda única del Mercosur", *El euro y el dólar*, coord. Fernando Lucero Schmidt e Piero Marietti, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 239 e ss.

[110] Cf. LOUIS, Jean-Victor, "Monetary Capacity in the Single European Act", *Common Market Law Review*, vol. XXV, n.º 1, Kluwer Law International, Haia, 1998.

Para esse efeito muitos Estados-membros, incluindo Portugal, tiveram de rever o enquadramento legal dos seus Bancos Centrais[112].

Associado à União Económica e Monetária surge o Pacto de Estabilidade e Crescimento que define, no essencial, o modelo de continuidade dos critérios de convergência[113] entre os diferentes Estados prevendo a supervisão e coordenação das políticas económicas. Este grau de supervisão foi recentemente elevado por via da aprovação do chamado Tratado Orçamental, com reflexos sobre a evolução da LEOE.[114]

---

[111] A criação de um banco central no contexto de uma União Monetária não merece contestação – de facto, a existência de uma moeda única obriga a uma política cambial e monetária única. V., por todos, MAJOCCHI, Alberto di – *Funzioni e Limiti dell' Integrazione Economica Europea*, separata da Rivista Il Politico", vol. XXIV, Faculdade de Ciência Política, Pavia, 1988.
Cf., ainda, LASTRA, Rosa María, *Central banking and Banking Regulation*, London School of Economics and Political Science, Londres, 1996.

[112] Cf. SANTOS, Jorge e Maria Amélia Saraiva, "National Experiences in preparing for the integration of National Central Banks into the Eurosystem: the organic law of Banco de Portugal", *Legal Aspects of the European System of Central Banks*, direcção editorial de Liber Amicorum e Paolo Zamboni, European Central Bank, Germany, 2005, pp. 313, onde afirmam mesmo que: "to be included in the group of those fulfilling the conditions for adopting the single currency, Member States should previously respect not only the economic convergence criteria, but also the legal convergence criteria." pp. 313.

[113] Os critérios de convergência, por serem meramente nominais, mereceram amplas críticas da doutrina. V, por exemplo, VALÉRIO, Nuno, "Monetaty Unions in Europe: Historical Experience", *Estudos de Economia*, vol. XV, n.º 4, Lisboa, Julho/Setembro de 1995, que, a p. 335, afirma: "Restrictive measures designed to attain nominal convergence may even be detrimental to the much more important process of real convergence".
A questão citada, demasiado vasta para ser abordada neste ponto, levanta importantes questões sobre todo o modelo da criação da UEM, dos critérios de convergência e do próprio Pacto de Estabilidade, na medida em que este incorpora a mesma filosofia.

[114] Criticamente, entre outros, V. AMADOR, Olívio Mota, "O sistema orçamental português em mutação", *in* Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano V, Número 1, Almedina, Coimbra, 2012, p. 210: "Poderemos dizer que o direito orçamental acabou por ser contaminado pelo «vírus» da instabilidade legislativa que afecta o direito fiscal.".

É por via deste tipo de mecanismos que se reforça a supervisão da situação orçamental dos Estados-membros. Esta é uma regra que vem já do Pacto de Estabilidade e Crescimento, que previa um procedimento por défices excessivos.[115]

O aspecto mais relevante dessa clarificação era que o Pacto definia (e limitava) os casos em que um défice superior a três por cento não é considerado excessivo.

Tal acontece quando ocorra uma quebra de produto superior a 2% ou quando se situa entre 0,75% e 2% desde que, neste último caso, o Conselho se pronuncie no sentido de a situação ser excepcional.

Dispõe-se assim que os Estados que incumpram com as regras estarão sujeitos a importantes sanções[116].

---

[115] Para uma descrição exaustiva do procedimento V. AAVV, *European Economic Union: The Institucional Framework*, Kluwer Law International, Londres, 1997, p. 189 e ss. Na doutrina nacional, Cf. MORAIS, Luís D. S. "Portugal e os défices excessivos – O pilar económico da União económica e Monetária e a disciplina do «Pacto de Estabilidade e Crescimento»", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

[116] Contudo, os prazos utilizados implicam que a sanção, a existir, ocorra sempre alguns anos depois da ocorrência do défice excessivo (V. AAVV, *O Impacto do Euro na Economia Portuguesa*, coord. Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa, Ministério das Finanças, p. 57). E caso a situação seja corrigida no prazo de dois anos a sanção pode vir a nunca acontecer. A coercibilidade das sanções não tão evidente como a primeira vista poderia parecer.

Estas sanções, ao contrário do que pretendia a Alemanha, não eram automáticas[117]. E dependiam de um processo algo logo, que está amplamente descrito na doutrina[118] e sobre o qual nos dispensamos de nos debruçar.

Essa associação entre moeda única e regras de restrição orçamental comuns foi durante muitos anos tida como natural e indispensável.

Mas o Pacto de Estabilidade e Crescimento não fazia parte do modelo de União Económica e Monetária desenhado pelo Tratado de Amsterdão e existem exemplos de zonas monetárias em que este tipo de mecanismo não existe[119].

Por outro lado, a situação económica global dos últimos anos (no essencial, recessiva) tem posto a descoberto algumas das insuficiências do actual modelo.

Mesmo antes da actual situação os incumprimentos por parte de Portugal, Alemanha e França e a forma como os mesmos foram tratados contribuíram em muito para o descrédito no modelo europeu de integração monetária[120].

---

[117] Segundo a maioria dos autores a consagração das sanções automáticas, além de economicamente discutível seria sempre de considerar como juridicamente inaceitável salvo revisão do Tratado de Maastricht, que supõe a intervenção do Conselho na decisão das sanções. Em qualquer caso a Alemanha acabou por prescindir da consagração deste aspecto, uma vez que já tinha ganho a batalha mais importante: a própria existência do Pacto de Estabilidade e Crescimento. V., neste sentido, CALVO HORNERO, Antonia, *La Unión Europea – Mecanismos fanceiros e moeda única*, Edições Pirámide, Madrid, 2000, p. 182 onde se esclarece que: "el Pacto de Estabilidad (...) no debía modificar el Tratado, lo que suponía el rechazo a las sanciones automáticas (...)".

[118] V, por exemplo, SILVA, Aníbal Cavaco, *União Monetária e Europeia – Fundamentos e Implicações,* Verbo, Lisboa, 1999.

[119] Cf. WARRIN, Thierry, "Should Europe Get Rid of the Stability and Growth Pact?", Department of Economics Middlebury College, Vermont, 2004.

[120] Cf. SOUSA, Hugo Zsolt, "The future of the Stability and Growth Pact as a tool for Economic Policy Co-Ordination" *Groupement d'études et de recherches*, direcção editorial de Jacques Delors, Notre Europe, 2004, p. 16: "All these events just prove how inefficient and arbitrary the current

Cada vez mais vozes têm defendido que o cumprimento do Pacto de Estabilidade e Crescimento corre o risco de, se tomado como objectivo em si mesmo, ser mais prejudicial do que benéfico.

Julgamos, portanto, ser este momento adequado para um balanço do funcionamento da UEM desde 1 de Janeiro de 1999 e para lançar as pistas para o seu funcionamento futuro, na perspectiva de saber se o Pacto de Estabilidade e Crescimento tem ou virá a ter um papel – e qual – na viabilidade do actual modelo[121].

Assim, partimos de uma breve história do processo de integração monetária e económica na UE, caracterizamos a UEM face ao enquadramento teórico das chamadas Zonas Monetárias Óptimas, para depois nos debruçarmos sobre o Pacto de Estabilidade e Crescimento, com natural enfoque na sua aplicação.

---

system is: on the one hand, the sanctions mechanism which exists to ensure the credibility of the rules of the stability and growth pact is clearly questioned; on the other hand, it is clear that different behaviors exist, depending on the country that is breaking the rule. Indeed, in the case of Portugal the Commission urged Portugal to undertake the necessary steps to bring its deficit down,".

Para uma visão detalhada desta questão em concreto Cf. MESQUITA, Maria José Rangel de, "Vicissitudes de uma união de direito: a aplicação do Tratado da Comunidade Europeia e do pacto de estabilidade e crescimento nos casos da Alemanha e da França" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

[121] Acolhemos, portanto, o repto do Sr. Professor Sousa Franco quando afirmou ser "muito importante que se faça uma reflexão crítica sobre o Pacto de Estabilidade e Crescimento precisamente [a partir] do meio académico (...)", *in O Euro e a Política Económica Portuguesa*, Ministério das Finanças, Lisboa, 1999, p. 70. Cf., ainda, AA. VV., *25 anos na União Europeia: 125 reflexões*, (coord. FERREIRA, Eduardo Paz), Almedina, Coimbra, 2011.

O actual processo de integração económica na Europa não surge *ex novo*, nem pode ser totalmente compreendido enquanto realidade isolada. De facto, a capacidade de compreendermos a União Económica e Monetária implica conhecer, ao menos, o processo de integração europeu mais vasto iniciado em Roma nas suas vertentes económica e financeira[122].

É este axioma que justifica que se inicie por aqui o nosso excurso, com um relato sucinto e necessariamente incompleto dos antecedentes da União Económica e Monetária, reduzido ao entendido como essencial para não sobrecarregar desnecessariamente um texto que tem objectivo distinto. Por uma questão de comodidade fraccionaram-se os antecedentes da União Económica e Monetária em antecedentes históricos e antecedentes próximos por referência ao momento da introdução física do Euro.

Os antecedentes históricos da União Económica e Monetária[123] podem ser reportados ao próprio Tratado de Roma[124] que criou a Comunidade Económica Europeia[125].

---

[122] Cf. BÁRCENA, Julio Río, *125 cuestiones sobre el euro y la Unión Monetaria*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1998.

[123] Não se têm em conta, por ser impossível no contexto deste trabalho, o elenco das experiências históricas de uniões de tipo monetário na Europa, como a União Latina, a *Zollverein* alemã ou, mais recentemente, as experiências escandinavas, mas apenas os antecedentes históricos da presente União Económica e Monetária.

[124] Assinado pelos membros fundadores em 1957 e que entrou em vigor em 01.01.1958.

[125] Pode também apontar-se como génese, mais remotamente, a União Europeia de Pagamentos, criada em 19 de Setembro de 1950 em Paris a que sucedeu, em 1955 o Acordo Monetário Europeu. Os autores que defendem esta perspectiva referem a existência de paridades fixas (ajustáveis) como o elemento distintivo que permite identificar um embrião de uma futura integração monetária europeia. Terão alguma razão, mas não fora a superveniência da Comunidade Europeia e o embrião não seria viável por si.
Para ALONSO, Fernando, WRANA, Javier e CANO, Maria José, *Monedas, Uniones Monetarias e instrumentos de pago en el comercio exterior*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 11, a questão nem se

De facto, embora o Tratado não contivesse disposições substanciais nesta matéria[126], a criação de um mercado comum apontava, desde logo[127], para a necessidade de o processo de integração económica contemplar uma união monetária que permitisse que as trocas entre Estados-membros se processassem, verdadeiramente, como se de trocas internas se tratassem[128].

---

coloca, o antecedente histórico moderno da União Económica e Monetária é constituído por "la creación de la Comunidad Económica Europea por el Tratado de Roma de 1957, así como la entrada en vigor del «Acuerdo Monetario Europeo" el 27 de diciembre de 1957.".

[126] De tal forma que CUNHA, Paulo de Pitta e, "Uniões Aduaneiras anteriores ao Mercado Comum", *Integração Europeia – Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1993 refere, a p. 104: "o quase total eclipse das questões monetárias no tratado de Roma". No mesmo sentido se pronunciou PORTUGAL, António Moura, "Independência e Controlo do Banco Central Europeu – Contributo para a correcta definição dos seus poderes normativos", separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 479, Lisboa, 1999, p.7 ao afirmar que: "O Tratado de Roma não dedicou grande atenção às questões de política monetária".

[127] Defendendo também que o Tratado de Roma pressupunha que à União Aduaneira e ao Mercado Comum se seguiria uma União Económica e Monetária V. AHIJADO, Manuel, *La Union Económica Y Monetária Europeia – Mitos y Realidades*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1998, p. 45.
De facto "the concept of EMU is crucially linked to that of the single market" como assinalam ARCHER, Clive e BUTLER, Fiona, *The European Union – Strucuture and Process*, 2.º Edição, Pinter, Londres, 1996, p. 93.
No mesmo sentido se pronunciam VILÁ COSTA, Blanca, ABELLÁN HONRUBIA, Victoria e OLESTI RAYO, Andreu, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 3.ª Edição, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, pp. 224 ao afirmarem que "La preocupación por la consecución de una unión económica y monetaria ha sido una constante en el proceso de integración europea desde casi sus inicios y sobre todo a partir de la finalización del período transitorio previsto para la consecución del mercado común".
Também MAYSTADT, Philippe, "L'euro et le système monétaire international : leçon inaugurale du cours sur l'Union Européenne, *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelas, 1998, afirma : "Le marché unique impliquait à sont tour, comme un complément naturel, l'adoption d'une monnaie unique."

[128] Logo em 1965 a Comissão assinalou a necessidade de estabelecer paridades fixas entre as moedas dos países participantes. No caso, o mote para a afirmação foram as consequências para a Política Agrícola Comum, na sua vertente de preços comuns, das apreciações das moedas alemã e holandesa. V. SZÁSZ, André, *The Road to European Monetary Union*, Macmillan Press Ltd., Londres, 1999, p. 8.

Em 1960, Robert Triffin[129] identifica uma série de medidas que a Europa deveria tomar para criar uma União Monetária que lhe permitisse lidar com o final do sistema de Bretton Woods, cujo fim já se divisava.

A proposta incluía já a gestão conjunta de reservas em ouro e divisas e mecanismos de equilíbrio das balanças de pagamento dos Estados participantes e enformou o tratamento académico da matéria durante a década de 60.

Logo em 1962 a própria Comissão Europeia assumia, no âmbito do planeamento da segunda fase de realização do Mercado Comum[130], a necessidade de constituir uma união económica e monetária numa terceira fase de realização do mercado comum[131].

Na sequência das propostas da Comissão o Conselho adoptou três decisões[132] que ficaram muito aquém do que a Comissão propunha destinando-se, no essencial, e em termos materiais, a assegurar que os Estados-membros colaborariam em termos de tomadas de decisão a nível internacional em matérias monetárias.

Em 1968 a Comissão, pela mão de Pierre Werner, insiste e preconiza a criação de uma unidade de conta europeia, a fixação irrevogável das taxas de câmbio e a criação de um Fundo Monetário Europeu.

---

[129] TRIFFIN, Robert, *Gold and the Dollar crisis: the future of convertibility*, edição revista, Yale University Press, New Haven, 1961.

[130] COM(62) 300, de 24.10.1962.

[131] A proposta da Comissão não recebeu o melhor acolhimento por parte de alguns dos Estados membros, incluindo as influentes França e Alemanha.

[132] JO n.º L 77, de 21.05.1964

Novamente as propostas da Comissão provaram estar desfasadas dos desejos dos Estados-membros. Logo em Novembro desse ano o franco enfrenta uma crise e o governo francês, ao arrepio do sistema europeu, toma as resoluções necessárias para recuperar o controlo cambial.

A Comissão percebe, então, que os avanços neste campo implicam tergiversar com aqueles que defendem que antes da unificação monetária deve existir uma maior integração económica ao invés de continuar a afirmar ("economistas), sem concessões, que da integração monetária decorrerá a integração económica (tese dos "monetaristas").

O chamado Plano Barre[133], apresentado em Fevereiro de 1969, formaliza esta inflexão, ao propor coordenação de políticas económicas a médio e longo prazo, de imediato, as quais se manteriam durante um horizonte de 10 anos, período de transição para a união monetária, a concretizar só no final desse intervalo de tempo.

A inflexão não foi suficientemente pronunciada e logo surgiu um Plano Barre II, que introduzia as questões da harmonização fiscal – concedendo – e, como contrapartida, a solidariedade monetária a curto prazo.

A perseverança da Comissão·, apoiada pelos países que subscreviam as teses monetaristas acaba por conhecer algum sucesso na Cimeira de Haia em

[133] Sobre o Plano Barre V. NEME, Jacques e NEME, Colette, *Économie de l'Union Européenne – Analyse d'un processus d'intégration*, Editions Litec, Paris, 1994, p. 264 e ss.

Dezembro de 1969 que, nas suas conclusões finais, assume o objectivo de criar uma união monetária e económica europeia.

Na sequência da decisão política do Conselho surge o Relatório Werner no qual se propunha uma caminhada progressiva, em que se equilibravam a integração económica e a unificação monetária de forma a acolher as preocupações dos “economistas”.

O Relatório Werner merece acolhimento na maior parte das suas propostas e, na sequência dessa aprovação o Conselho decide, na mesma data (22.03.1972) iniciar a sua aplicação começando a estreitar as margens de flutuação cambial entre as moedas dos Estados-membros.

O momento foi mal escolhido. A crise monetária de 1971 acabou por levar os Estados Unidos a porem fim, na prática, ao sistema de Bretton Woods, o que teve como consequência imediata uma violenta instabilidade nos mercados cambiais, que – podemos dize-lo – matou à nascença a implementação do Relatório Werner e da união económica e monetária. As moedas europeias voltaram, temporariamente, a flutuar no mercado cambial.

O Acordo Smithsoniano, assinado no final de 1971, que pretendeu repor algum controle nos mercados cambiais pelo estabelecimento de margens de flutuação entre as moedas mundiais por referência ao dólar era demasiado laxista para a Europa.

A realização do mercado comum exigia margens de flutuação mais apertadas de flutuação em relação ao dólar e, neste contexto, o Conselho decidiu

reduzir aquelas margens para metade[134]. Estava definido o "túnel" no interior do qual a "serpente monetária europeia" se deveria manter.

O projecto da serpente pareceu promissor: o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca decidiram mesmo associar-se – mas os mercados demonstraram que essa entrada não era sustentável, e fizeram-no de forma vigorosa pelo que aquelas moedas abandonaram o sistema um mês após a sua adesão[135].

Em 1973 o choque petrolífero vem agravar a crise monetária mundial.

A instabilidade do sistema monetário internacional e a desvalorização do dólar levam a Europa a abandonar o dólar como moeda referencial das margens de flutuação, mantendo-se as margens restritas de flutuação entre as moedas europeias: a serpente saiu do túnel.

A vivência da serpente fora do túnel foi ainda mais difícil. As moedas europeias tinham dificuldade em manter-se dentro das margens de flutuação[136] e o sistema acabou por fenecer em 1979, após 7 anos de conturbada existência[137], para dar lugar ao Sistema Monetário Europeu.

---

[134] No que ficou conhecido como o Acordo de Bâle, datado de 21 de Março de 1972.

[135] V. CUNHA, Paulo de Pitta e, "A consagração da alteração cambial como instrumento normal de política económica", *Integração Económica – Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários,* Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1993, pp 165 e ss.

[136] O franco francês primeiro ameaçou de depois acabou por abandonar a serpente, deixando a supremacia incontestada ao marco alemão, que se tornou, incontestavelmente, a moeda âncora do sistema. Até hoje.

[137] Neste período – entre 1972 e 1979 – continuaram a existir propostas e discussões sobre a união económica e monetária, mas as mesmas conheceram tão pouca divulgação como sucesso.

Segue-se historicamente o Sistema Monetário Europeu[138] entra em vigor em Março de 1979[139] com dois objectivos: eliminar a turbulência cambial e abrir caminho à união monetária.

O primeiro dos objectivos foi atingido com relativo sucesso, pelo menos até à década de 90, mas o Sistema Monetário europeu era relativamente incipiente quanto à prossecução do segundo objectivo[140].

A matriz do Sistema foi um melhoramento da serpente monetária: mantinham-se as margens de flutuação (2,25% em relação ao referencial, para cima ou para baixo); o Sistema era apoiado pelo FECOM[141] e nasceu o ECU[142] como unidade de conta comum.

---

Não nos podemos ocupar das mesmas nesta sede, mas não podíamos deixar de as referir: o Plano Fourcade (1974), o Plano Majorlin (1975), o Plano Tindemans (1975), o Manifesto de Todos os Santos, em que economistas reputados se mostravam preocupados com a falta de avanços na direcção da união monetária, o Plano Duisenberg (1976) e o Plano Jenkins (1977), verdadeiro percursor do sistema Monetário Europeu.

[138] V., no geral, sobre a evolução do SME, DUARTE, Rita Netto de Miranda, *O SME: Estabilidade e Crises – Em busca das determinantes fundamentais da credibilidade do Sistema Monetário Europeu*, Centro de Informação Jacques Delors, Lisboa, 1996.
Para uma descrição do funcionamento do sistema V. *La Economia de la Comunidade* Europeia, Banco Exterior de España, 1979, pp. 306-309.

[139] Tendo sido delineado em 1978 e aprovado no Conselho Europeu de Bremen, em Julho de 1978.

[140] Para alguns o Sistema Monetário Europeu mais não é que uma espécie de Bretton Woods só para a Europa. Neste sentido, V. CUNHA, Paulo de Pitta e, "A experiência do Sistema Monetário Europeu", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*,Volume XXVI, Lisboa, 1985.

[141] Inicialmente previa-se que fosse criado um novo Fundo Monetário Europeu, mas o mesmo não se chegou a concretizar, porque os Estados-membros se recusaram a ceder reservas a título definitivo. Em alternativa, ao FECOM foi confiada a gestão comum de fundos colocados à sua disposição pelos Estados-membros, que continuavam a ser os titulares das reservas. Este tipo de insuficiência viria nos dias de hoje a assombrar a estabilidade do sistema e levar á criação do Mecanismo de Estabilidade Europeu.

O sistema funcionou razoavelmente, ajudando o FECOM, através de Mecanismos de Crédito, na gestão das taxas de câmbio dentro do sistema e ao financiamento dos défices da balança de pagamentos.

Mas o razoável funcionamento do Sistema Monetário Europeu não entusiasmou a Europa que, no Acto Único Europeu, deixou passar a questão quase em claro, institucionalizando o Sistema mas abdicando-se de o tornar obrigatório e, acima de tudo, abdicando de inserir no Tratado qualquer referência substancial quanto ao momento e forma da União Económica e Monetária[143].

Ao invés, fruto do trauma comum originado pela experiência da serpente monetária, os Estados-membros (instigados, maioritariamente, por ingleses e holandeses) submeteram qualquer decisão de avanço nesta matéria a comum acordo de todos os Estados-membros.

Foi só em 1988 que o Conselho Europeu, em Hannover, encarregou um Comité de elaborar um Relatório que contivesse indicações quanto à viabilidade e forma de efectivação de uma União Económica e Monetária.

---

[142] O ECU era um cabaz de moedas constituído por partes fixas das várias moedas europeias, calculadas em função do peso das respectivas economias.

[143] Opinião algo diversa perfilha SILVA, Aníbal Cavaco, *União Monetária e Europeia – Fundamentos e Implicações,* Verbo, Lisboa, 1999, p. 16 que considera que o Acto ùnico europeu "criou uma dinâmica favorável à moeda única.".

O resultado foi o Relatório (ou Plano) Delors[144] cuja matriz é o Plano Werner (V. *supra*) e que lançaria definitivamente a União Económica e Monetária nos moldes em que hoje a conhecemos.

O Relatório propunha que a União Económica e Monetária decorresse em três fases:

1. A primeira (1990-1993) destinada a liberalizar totalmente o movimento de capitais e a permitir o reforço da coordenação das políticas económicas;

2. A segunda (1994-1998) destinava-se a permitir aos Estados-membros reunirem as condições necessárias à adesão, nomeadamente por via do cumprimento dos critérios de convergência;

3. Uma terceira fase, com inicio em 1999, em que existiria já a União Económica e Monetária.

Como se sabe, o Tratado de Maastricht institucionalizou as propostas do Relatório Delors[145] e foi este o calendário que acabou por ser cumprido e o Plano Delors, pese embora muito se sustente em todos os trabalhos anteriormente feitos (como, aliás, é assumido no texto do próprio Relatório) ficará para a história como

---

[144] Sobre as consequências do Relatório Delors V. AAVV, *Dal Piano Delors all'Unione Economica e Monetaria*, coordenção de Carlo Meriano e Dario Velo, CEDAM, Pádua, 1991.

[145] MAAS, Cees, "L'introduction de la monnaie unique: analyse des aspects pratiques", *Revue des affaires européennes,* n.º 4, Paris, 1995, p. 37 afirma: "Le Traité de Maastricht de 1991 constitue la traduction politique et le codex juridique du rapport Delors.".

tendo sido aquele que conduziu a Europa a um grau de integração monetária e económica sem precedentes.

Entretanto, no início dos anos 90 (mais concretamente, em Setembro de 1992) o Sistema Monetário Europeu sofre uma crise acentuada que veio a alterar a sua natureza.[146]

O sucesso na manutenção de taxas de câmbio estáveis esteve comprometido e, na sequência da necessidade de, por várias vezes, realinhar as paridades de várias moedas, as bandas de flutuação acabaram por ser alargadas, em Agosto de 1993, para 15%[147].

Ainda assim, vários foram os países que, depois dessa data, saíram e reentraram no sistema, por dificuldades na defesa do valor das suas moedas.

O Mecanismo das Taxas de Câmbio foi substituído pela União Económica e Monetária para aqueles Estados-membros que a ela aderiram[148].

---

[146] Neste sentido V. DUARTE, Rita Netto de Miranda, *O SME: Estabilidade e Crises – Em busca das determinantes fundamentais da credibilidade do Sistema Monetário Europeu*, Centro de Informação Jacques Delors, Lisboa, 1996, p. 120, onde refere que "a natureza do SME se alterou substancialmente nos anos 90".

[147] A relação entre as bandas e o critério de convergência estabilidade das taxas de câmbio. O Tratado de Maastricht exigia a manutenção da moeda dentro das margens normais de flutuação. Mas estas foram alteradas de 2,5% para 15% ficando por saber se era exigível o cumprimento da banda mais estreita, a final, a que estava em vigor na data do Tratado.
A questão nunca chegou a ser dilucidada. Os dois países em relação aos quais a questão se poderia colocar com mais acuidade, a Inglaterra e a Suécia, acabaram por não aderir à UEM, a primeira ao abrigo de uma cláusula de op-out, a segunda porque incumpriu deliberadamente o critério ao retirar-se do MTC.

[148] PIRES, Luís Madureira, *A Política Regional Europeia e Portugal*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, pp. 133 explica: "À medida em que a interdependência económica e

Os restantes Estados-membros têm à sua disposição o MTC2, aprovado pelo Conselho de Amsterdão de Julho de 1997.

De notar que, entre os Estados-Membros mais recentes, participaram no MTC2 a Estónia, Eslovénia e Lituânia (desde 28.06.2004) bem como Chipre, Letónia e Malta (desde 02.05.2005).

A União Económica e Monetária desenhada para a Europa pelo Tratado de Maastricht[149] sucede ao Sistema Monetário Europeu e tem associada uma moeda única[150], o Euro[151].

---

financeira entre os diversos Estados-Membros ia aumentando por efeito da progressiva construção do Mercado Interno e da consequente abolição de entraves à livre circulação de factores, foi-se tornando clara a necessidade de fazer evoluir o regime cambial em vigor desde 1979 – o Sistema Monetário Europeu – para um quadro mais estável e com exigências mais vastas: a União Económica e Monetária; implicando uma maior coordenação das políticas económicas (designadamente no plano orçamental), a instituição de uma autoridade cambial comum e a criação de uma moeda única.".

[149] V., nesta matéria, DYSON, Kenneth e FEATHERSTONE, Kevin, *The Road to Masstricht – Negotiating Eonomic and Monetaryt Union,* Oxford University Press, Oxford, 1999.

[150] Esta associação não é essencial. Tecnicamente uma União Monetária existe desde que as paridades entre as moedas participantes sejam fixas e irrevogáveis (V. McDONALD, Frank e DEARDEN, Stephen, *European Economic Integration*, 3.ª Edição, Longman, Essex, 1999, p. 96) e, julgamos ser de acrescentar, desde que sejam livremente e ilimitadamente convertiveis entre si. Sobre o conceito de livre convertibilidade (ou convertibilidade ilimitada, que é o mesmo) V. CARTOU, Louis, *Communautés européennes*, 5ª edição, Dalloz, Paris, 1975, p. 449 "La convertibilité illimitée signifie liberté totale des paiements et des transferts.".

[151] A afirmação do Euro como terceira moeda nos mercados mundiais (juntamente com o dólar e o iene) é uma das facetas menos estudadas da União Económica e Monetária. Mas das mais importantes (V. AAVV, *El euro y el dólar*, coord.. Fernando Lucero Schmidt e Piero Marietti, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999).
Sobre a relação entre o euro e o dólar se pronunciou criticamente CUNHA, Paulo de Pitta e, "The flimness of the Euro: a currency without a state", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* Volume XLI, n.º 2, Coimbra Editora, Lisboa, 2000, pp. 595 e ss. O autor fala mesmo em "persistent weakness of the euro in the foreign exchange markets".

Nas competências do Banco Central Europeu cabem:

a) a definição da política cambial do Euro face às restantes moedas no mercado cambial;

b) o controlo da inflação (para o que dispõe de um mandato para a estabilidade dos preços, que interpreta como mantendo um valor de inflação abaixo dos 2% ao ano);

c) as decisões relativas à emissão de moeda (controlo do "stock" monetário).

O Banco Central Europeu tem ainda competências relativas ao bom funcionamento dos sistemas de pagamento na Zona Euro. O Banco Central Europeu é uma instância independente do poder político[152].

---

Como acontece, aliás, a questão de saber quais relações entre a zona e o Fundo Monetário Internacional. Dando conta desta realidade V. DONY, Marianne, *L'Union Européenne et le monde après Amsterdam*, Universite de Bruxelles, Bruxelas, 1999 que, a p. 241 afirma: "les conséquences de l'Union économique e monétaire sur le système monétaire international n'ont été débattues que tardivement.".

Cf., ainda, LOBO, Carlos Baptista e João Amaral Tomás, *Euro: aspectos legais e questões práticas fundamentais*, Rei dos Livros, Lisboa, 1998.

[152] A ideia de que os Bancos Centrais devem ser independentes é, actualmente, quase unânime (V., por todos, AAVV, *European Economic Union:The Institutional Framework* [1997:289 e ss.).

Contra levantam-se, por exemplo, alguns autores ingleses influenciados por uma visão estritamente critica da União Económica e Europeia e pela experiência histórica do Banco de Inglaterra, cuja relativa independência nem sempre trouxe os melhores resultados. V., por exemplo, ABBOTT, Diane, "The Case against Maastricht model of Central Bank Independence", *The Impact of the Euro – Debating Britains Future*, MacMillan Press Limites, Londres, 2000, pp. 226 e ss.

Pese embora este facto, a actividade do Banco é acompanhada pelo Conselho de Ministros da Economia e Finanças (ECOFIN) que tem competências em matéria de coordenação de políticas macroeconómicas dos Estados-membros e de definição de políticas de câmbio.

As orientações gerais não podem, contudo, por em causa o objectivo primordial de estabilidade de preços, nos termos do Tratado.

Para cumprir o mandato da estabilidade de preços o Banco Central Europeu dispõe de mecanismos de influência sobre o mercado (ao divulgar as suas previsões induz os actores económicos a assumirem esse resultado) e ainda do controlo sobre a massa monetária que pode adequar às variações do mercado.

Como forma de controlar a massa monetária o Banco Central Europeu cede e absorve liquidez junto do mercado bancário através de operações em mercado aberto, delimitando a taxa de juro de curto prazo[153].

Os países aderentes à entrada na União Económica e Monetária tiveram de reunir duas condições cumulativas: serem Estados-membros da Comunidade e terem cumprido os critérios de convergência[154] e os requisitos institucionais (no

---

[153] Em termos simples e resumidos, pode dizer-se que a política monetária única tem como objectivo final a estabilidade dos preços e como objectivo intermédio mais provável o controlo da oferta da moeda.

[154] A exigência de cumprimento dos critérios de convergência é um reflexo da visão alemã de que só pode existir uma União Monetária quando haja convergência económica. Há quem defenda, contudo, que após a União Monetária a convergência ocorre naturalmente. No processo europeu as duas perspectivas forma conciliadas, não sem dificuldades.
Sobre esta questão V. DUNNET, D.R.R., "Economic and Monetary Union", *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing, Chichester, 1994, p. 136 e ss.

essencial, independência dos bancos centrais nacionais[155] e proibição de financiamento da dívida junto destes).

Os requisitos mantêm-se em vigor para os Estados-membros que ainda pretendam vir a aderir ao Euro.

Os critérios de convergência suscitaram longas polémicas (que não retomaremos nesta sede) e incidiam sobre:

- a estabilidade de preços (inflação média com desvio inferior a 1,5% em relação à media dos Estados-membros com melhores resultados);

- as taxas de juro (taxa de juro nominal média com desvio inferior a 2% em relação à media dos Estados-membros com melhores resultados);

- a estabilidade cambial (permanência no Sistema Monetário europeu durante pelo menos 2 anos, sem desvalorização da taxa central bilateral);

- a disciplina das finanças públicas (défice orçamental inferior a 3% do Produto Interno Bruto [PIB] e dívida pública total abaixo de 60% do PIB).

O Conselho Europeu decidiu numa primeira fase que 11 dos Estados-membros cumpriam os critérios de convergência, tendo estes sido os fundadores da UEM.

[155] Cf. QUINTAL, Carlota Maria Miranda, "A independência dos Bancos Centrais: o percurso do Banco de Portugal nos últimos 20 anos", *Notas Económicas*, Coimbra, 1999.

Especialmente no que concerne ao cumprimento ou não do critério da disciplina das finanças públicas essa decisão não foi pacífica.

Por um lado, o subcritério da dívida abaixo dos 60% do PIB foi interpretado com toda a flexibilidade que o tratado permitia, tendo sido considerado como cumprido por parte de países que apresentavam valores muito mais elevados mas que tinham vindo a descer, muito por causa do facto de boa parte dos Estados-membros não o estarem a cumprir, incluindo alguns dos que tinham "lugar reservado" na admissão à União Económica e Monetária.

Quanto ao subcritério do défice o mesmo suscitou violentas criticas pois exigia uma política orçamental restritiva num período (1993-1997) em que a Europa enfrentava uma crise económica. Chegou a falar-se mesmo num adiamento do arranque da União Económica e Monetária (e consequente adiamento da data em que se tinham de cumprir os critérios de convergência).

Era também em relação a este subcritério que alguns países do sul da Europa tinham mais dificuldades. Seria, em tese, este o critério que permitiria seleccionar os países fundadores e os outros.

Como num contexto de contracção económica baixar o défice é muito difícil muitos países recorreram a uma série de artifícios, globalmente designados por "contabilidade criativa[156]".

---

[156] Que incluiam, entre outras: a desorçamentação de despesas; o "levar" de despesa directamente a dívida, baixando o défice do exercício; a conversão das receitas de privatizações em receitas correntes através da utilização de terceiras entidades; a criação de receitas extraordinárias para o ano de verificação dos critérios de convergência, pese embora as mesmas produzam despesa em anos subsequentes.
Em suma, foi lançada mão de toda e qualquer operação contabilística apta a reduzir a despesa ou aumentar a receita, ainda que de forma meramente temporária ou ilusória, para não dizer, em alguns casos, fraudulenta.

Pode, portanto, fazer-se remontar a este momento toda uma série de complexidades contabilísticas e financeiras que ainda hoje escondem, um pouco por toda a Europa, a real situação das contas públicas dos vários países e que, para muitos, estiveram na origem das dúvidas sobre sustentabilidade da dívida Grega, que despoletou os problemas de dívida soberana que actualmente tolhem a Europa.

Tivessem sido só os Estados-membros do sul da Europa (nos quais não se pode deixar de incluir Portugal, pese embora com um peso no esforço real de contenção do défice muito menor do que nos outros países) a fazê-lo e o esforço dificilmente seria recompensado com o direito de entrada no grupo fundador da União Económica e Monetária.

Mas quase todos os países tiveram de recorrer a este tipo de mecanismos, incluindo as incontornáveis França[157] e Alemanha. Portanto, ninguém colocou em causa as práticas contabilísticas, aceitando-se os valores dos défices nacionais como foram apresentados.

A União Económica e Monetária vem permitir completar o Mercado Único e, simultaneamente, a sua viabilidade depende do sucesso deste[158]

---

[157] Em França, por exemplo, o fundo de pensões do gigante France Telecom, passou a ser de gestão directa do Estado. A contabilização como receita do Estado do valor do capital do Fundo constitui uma receita extraordinária sem a qual a França dificilmente poderia ter cumprido o critério do défice.

[158] ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil, "A viabilidade do Euro", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIX, n.º 1, Coimbra Editora, Lisboa, 1998, p. 68 refere que "a UEM e o Mercado Único constituem um *círculo virtuoso auto-regenerativo*" (destaques no original).

Para os Estados-membros participantes[159] a União Económica e Monetária contém vantagens, essencialmente de ordem microeconómica e também desvantagens, essencialmente de natureza macroeconómica[160].

Ainda sem ter em conta as particularidades do momento actual da vida do Euro e partindo dos quadros teóricos podem ser indicadas as seguintes vantagens:

a) Estabilidade de preços

À União Económica e Monetária está normalmente associada uma estabilidade de preços, especialmente quando, como é o caso, a estabilidade de preços surge como desígnio de matriz "constitucional" e orientador único da política monetária conduzida por uma entidade independente.

A experiência tem demonstrado, contudo, que o Banco Central Europeu tem tido um sucesso apenas parcial na manutenção desta estabilidade. Em qualquer caso, para Portugal, a actual estabilidade de preços relativa constitui um resultado mais positivo do que aquele que o país normalmente assegurava *per se*.

b) Finanças públicas saudáveis e estabilidade económica

O modelo de União Económica e Monetária europeu assenta, como vimos, na exigência de que os participantes atinjam valores referenciais de défice e dívida

---

[159] V. *supra*, Ponto 1.2. e nota 33.

[160] V. SCHOR, Armamd-Denis, *La Monnaie Unique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, p. 57 e ss..

públicos como condição de entrada (critérios de convergência) as quais depois de mantêm (pacto de estabilidade e crescimento).

É normalmente defendido que este factor é positivo para o Estados-membros que, por si, não teriam um incentivo tão forte para atingir este tipo de performance. Contudo, tal quadro de garantias pode introduzir problemas do tipo "risco moral".[161]

Por outro lado, esta é uma condição para o bom desempenho da moeda comum nos mercados cambiais e para a contenção da inflação.

A efectiva verificação desta vantagem tem iludido a Europa, mas não é de menosprezar de um ponto de vista de uma análise mais distanciada.

c) Ganhos de senhoriagem

O facto de o Euro poder assumir um papel no mercado internacional que nenhuma das divisas dos Estados-membros participantes tinha (pese embora o marco alemão tivesse algum protagonismo) levará, em tese, a que operadores

---

[161] Cf. VERONI, Paola Monperrrus e SARACENO, Francesco, "Reform of the Stability and Growth Pact: Reducing or Increasing the Nuisance?" *Observatoire Français des Conjuntures Économiques*, Paris, 2005, p. 20: "Second, the breaching of the SGP by some member countries is not based on free-riding but rather moral hazard behaviors.".
Sobre a temática do risco moral Cf. ainda o texto fundamental de ARNOTT, Richard e Joseph Stiglitz, "The welfare economics of moral hazard", *Risk, information, and insurance - Essays in memory of Karl H. Borch*, Kluwer, (ed. Henri Loubergé ), Kluwer Academic Publishers, Dordreach, republicado *in Welfare Economics*, vol. II, (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001.

estrangeiros usem Euros nas suas transacções e que os bancos Centrais de outros países os detenham, à semelhança do dólar e do ouro, como reservas cambiais.

Esse facto implica que a Europa pode beneficiar de ganhos de senhoriagem consideráveis, à semelhança do que acontece com os Estados Unidos, embora os autores não sejam unânimes nesta interpretação.

d) Fim da especulação cambial

O Euro é menos susceptível à especulação cambial do que cada uma das moedas dos participantes individualmente considerada.

Pese embora a atitude algo despreocupado do Banco Central Europeu com a cotação cambial do Euro e de uma primeira fase conturbada, em que o Euro se desvalorizou contra o dólar – sem que tenham existido intervenções notórias nos mercados cambiais por parte do BCE - a verdade é que o mercado voltou a alinhar as duas divisas próximas da paridade (valor original da cotação do Euro em 1999) e actualmente o euro está mais valorizado que o dólar.

Como também é verdade que o Euro tem oscilado de forma limitada e progressiva, sem que tenham existido oportunidades especulativas de vulto.

e) Economia de reservas cambiais

O facto de ser apenas necessário defender uma moeda nos mercados cambiais e dessa moeda ser relativamente forte e pouco sujeita a ataques especulativos permitem uma economia de reservas cambiais em relação à soma de

reservas necessárias para defender várias moedas[162], algumas das quais bem mais frágeis.

O valor desse excedente[163] não é despiciendo, restando saber qual a utilização que lhe tem sido dada.

f) Reforço do papel internacional da UE e do próprio Euro

O papel internacional do Euro como divisa de expressão mundial não pode deixar de beneficiar os países da zona e a própria zona, em termos de incremento do peso da Europa no nível de trocas mundiais.

Sendo que, actualmente, a Europa é uma economia relativamente fechada, o Euro pode ser a alavanca de uma maior abertura.

---

[162] O facto de uma União Monetária gerar sempre um excedente de divisas é, além de uma evidência prática uma das consequências que os autores apontam como resultando da integração monetária. V., por todos, ALVES, Jorge de Jesus Ferreira, *A Política Monetária nas Comunidades Europeias*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989 que, a p. 117, em sede de vantagens da integração monetária afirma "(...) b) Contribui para a economia de reservas sobre o exterior, pois: aa) os membros da união não terão ao mesmo tempo balanço de pagamentos deficitárias; bb) deixa de ser necessária moeda estrangeira para financiar o comércio dentro da união". Também neste sentido, V. SILVA, António Neto da e Luís Alberto Rego, *Teoria e Prática da Integração Económica*, Porto Editora, Porto, 1984, em especial pp. 176 e ss.
Isto é verdade, especialmente no papel moderno dos Bancos Centrais, em já não existe a preocupação de ter contrapartida em divisas e/ou ouro para a totalidade do agregado monetário emitido. MENKHOFF, Lukas, *Monetary Policy Instruments for European Monetary Union*, Springer-Verlag, Heidelberg, 1997, a p. 15 afirma mesmo que: "Currency reserves in the narrower sense (i.e. not including gold) are no longer expanded by Western countries in proportion to growth in the money stock".

[163] O valor dos excedentes de reservas não é, como seria de esperar, objecto de divulgação pública, mas os cálculos de alguns economistas apontam para uma verba de perto de 100 biliões de dólares. É este o valor referido, entre outros, por SILVA, Aníbal Cavaco - "União Monetária Europeia – Funcionamento e Implicações", Verbo Editora, Lisboa, 1999, a p. 71. Deve ser notado que este valor é já líquido dos activos em moedas comunitárias, que perderam a qualidade de reservas de divisas, por se ter adoptado uma moeda única.

Por outro lado, o prestígio da moeda Europeia será associado ao prestígio e peso da própria União Europeia nos fóruns mundiais, nomeadamente nos que lidam com matérias económico, financeiras ou monetárias, como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, ou mesmo a Organização Mundial do Comércio.

g) Eliminação dos custos de transacção

A pertença a uma União Económica e Monetária traz também vantagens microeconómicas.

A primeira delas é que os custos de transacção na zona ficam mais baixos. Em primeiro lugar, porque desaparece o risco cambial; em segundo lugar, porque o esforço contabilístico é muito atenuado e não é necessário fazer a gestão dos fundos em divisas. Sendo a zona Euro relativamente fechada às trocas com o exterior este benefício atinge uma percentagem elevada das transacções comerciais efectuadas.

h) Transparência nos preços

Ainda em termos microeconómicos é de salientar que os actores económicos passam a poder, com muito maior facilidade, comparar os preços dos bens e serviços nos vários Estados-membros.

Democratiza--se assim uma faculdade que, anteriormente, era reservada às grandes empresas pan-europeias.

i) Estímulo ao comércio interno

Da soma das duas circunstâncias anteriormente referidas, associada ao desaparecimento de uma barreira psicológica importante (a moeda) surge um importante estímulo ao comércio dentro da zona.

Existem também algumas desvantagens normalmente associadas à União Económica e Monetária, de que referiremos apenas as mais comuns (algumas das quais serão desenvolvidas posteriormente):

a) convergência nominal

Em modelos de integração económica baseados na convergência nominal – critica normalmente apontada à experiência europeia[164] – um dos custos apontados é que a mera convergência nominal não chega para assegurar a muito mais importante convergência real entre as economias da zona, podendo mesmo provocar uma divergência real causada por medidas destinadas a obter a convergência nominal a qualquer custo.

A falta de convergência real ou, pelo menos, o primado da convergência nominal podem criar condições propícias a choques assimétricos e gerar desigualdades regionais.

b) Desaparecimento do instrumento taxa de câmbio e perda de lucros cambiais

---

[164] Cf. ATANÁSIO, João, *A união económica e monetária de Maastricht: o primado da convergência nominal sobre a convergência real*, policopiado, Lisboa, 1997.

A perda da possibilidade de ajustar as taxas de câmbio à situação económica, nomeadamente sob a forma de desvalorizações competitivas da moeda, é um dos custos apontados à União Económica e monetária.

Os ganhos para o Estado das variações cambiais, nomeadamente em relação ao peso da dívida são também perdidos.

Contudo, existe a vantagem associada de maior estabilidade cambial e a maioria dos autores sempre considerou que o uso da taxa de câmbio para fins de política económica era errado, no essencial, porque a inflação tendia a absorver as vantagens dessa utilização. Desaparecem, ainda, os lucros nacionais de senhoriagem. [165]

c) Desemprego

A perda dos instrumentos cambiais e financeiros e a restrição dos instrumentos orçamentais criam um quadro favorável a que a absorção do arrefecimento da economia se faça por via do aumento do desemprego, situação que é actualmente penosamente evidente[166].

---

[165] ALVES, Rui Henrique, *Políticas Fiscais Nacionais e União Económica e Monetária na Europa,* Instituto Mercado de Capitais, Porto, 1996, p. 85: "Ao nível do impacto da UEM sobre as receitas fiscais, duas questões parecem merecer particular relevância: a eventual importância da "perda de receitas", associada ao desaparecimento dos rendimentos de senhoriagem".

[166] Embora inteiramente previsíveis. Cf. AA. VV., *The euro and the world, L'euro et le monde*, (coord. Paulo de Pitta e Cunha, Manuel Porto) Almedina, Coimbra, 2002.

## 3.2 Zonas Monetárias Óptimas e a "Zona Euro"

O escopo deste capítulo é abordar, ainda que sumariamente, a problemática da possibilidade de um choque económico adverso num país da União Europeia que participe na UEM e de quais os instrumentos ao dispor desse país para o combaterem contraponto à visão mais descritiva do processo da sua criação constante do ponto anterior.

Importa neste passo esclarecer a natureza da figura dos chamados "choques assimétricos", as formas clássicas de os combater, a viabilidade do uso desses instrumentos no âmbito da UEM e da própria União Europeia e, por fim, os novos instrumentos que advirão da própria existência da UEM.

A problemática dos chamados "choques assimétricos" assume grande relevo prático, no momento em que a UEM se afirma já como uma realidade madura[167].

Mas só agora podemos falar, com realismo, na possibilidade de choques assimétricos, pois só agora foram irrevogavelmente afastados certos instrumentos

---

[167] A relativa novidade da UEM, bem como a falta de dados concretos que permitam estudar o seu funcionamento futuro levaram alguns autores, como Paul Krugman (*in* GRAUWE, Paul De e PAPADEMOS, Lucas – "The European Monetary System in the 1990's", publicado por Longman Inc., Nova Iorque, 1990) a, com alguma ironia premonitória, afirmar que: "the sudden enthusiasm for monetary union has carried us into largely uncharted territory".

de combate a estes[168], tal como só agora surgiram, na prática dos mercados, os novos instrumentos e estratégias para os combater.

Em ligação directa com o problema dos choques económicos assimétricos está a Teoria das Zonas Monetárias Óptimas.

Na sua formulação clássica esta corrente defende que, numa zona monetária óptima, os custos de um choque assimétrico são atenuados, quando não evitados de todo, pela própria dinâmica interna da Zona Monetária.

Tentar determinar até que ponto se pode esperar que esses mecanismos funcionem, e em que circunstâncias, bem como aventar soluções alternativas é o móbil central deste capítulo.

De um ponto de vista nacional trata-se também de saber a amplitude da autonomia do Estado Português para agir, caso a nossa economia "regional" seja afectada por um choque assimétrico no âmbito da vigência da UEM – questões

---

[168] Embora se diga que só a partir de 1 de Janeiro de 1999 os Estados aderentes à UEM perderam a liberdade de fixar a taxa de câmbio e seguirem uma política monetária autónoma é entendido por muitos que já na fase do SME, à excepção da Alemanha, todos os outros Estados se limitavam a seguir a política alemã, uma vez que o Marco era a moeda âncora do sistema. Neste sentido, a autonomia seria acrescida na fase da UEM, na medida em que o SEBC respeita o principio de "um país um voto". Sustentando ambas as afirmações V. SILVA, Aníbal Cavaco - "União Monetária Europeia – Funcionamento e Implicações", Verbo Editora, 1999. A realidade tem vindo, naturalmente, a questionar esta percepção.
Numa perspectiva critica desta visão, V. GRAUWE, Paul De – "Is The European Monetary System a DM-Zone?", discussion paper nº 297, publicado por CEPR, Londres, Março de 1989, que elabora um estudo no qual demonstra alguma autonomia das moedas face ao Marco na fase da UEM (em especial, o Franco e a Lira).
Também a conclusão de que o SEBC respeita o princípio de "um voto um homem" nos parece simplista e inocente, parecendo ignorar que o BCE foi construído à imagem do Bundesbank, adopta a mesma postura perante aspectos fulcrais do que deve ser a actuação de um Banco Central e, embora este seja um argumento menos importante, tem a sua sede, inclusivamente, na Alemanha.

essas a que a Teoria das Zonas Monetárias Óptimas responde[169], pelo menos indicando o caminho que, julga-se, é o correcto, para que tenhamos, na Zona Euro (à qual se tem chamado, vulgarmente, Eurolândia) um nível de bem-estar compatível com as potencialidades daquele que é o maior bloco económico integrado do Mundo[170].

E, em certa medida, indagar se não é o próprio quadro actual que impede esses ganhos de bem-estar colectivo[171] que, do ponto de vista democrático, e tendo em conta o sentir generalizado das populações, deveria ocupar um local central[172].

---

[169] Apesar de termos conhecimento das modernas teorias que negam a relevância da teoria das Zonas Monetárias Óptimas na análise da UEM, mantemos que esta é, ainda, a teoria que melhor explica e enquadra este fenómeno de integração económica. Embora a teoria como originalmente formulada por Mundell (1965) não seja estanque, as suas bases essenciais ainda hoje surpreendem pela sua actualidade e razoável consensualidade. Partindo dessa mesma teoria, não hesitaremos em analisá-la de uma perspectiva moderna – razão pela qual não sobrecarregaremos o presente trabalho com a formulação original da Teoria.
Não partilhamos, por isso, a noção de que só uma teoria recente pode explicar a UEM. Neste sentido milita desde há muitos anos Paul Krugman (*in* GRAUWE, Paul De e PAPADEMOS, Lucas – "The European Monetary System in the 1990's", publicado por Longman Inc., Nova Iorque, 1990), que afirma, a pp. 52: "In more recent discussion, new ideas concerning policy coordination and credibility have become more fashionable. However, the optimal currency area approach is still very useful as a first step, and probably more fundamental. Thus as a way of organizing our thoughts, it is important to review it.".
Cf., ainda, AHIJADO QUINTILLÁN, Manuel e Miguel Navascués Guillot *Uniones monetarias en Europa – Lecciones históricas para la Unión Económica e Monetária Europea*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1999.

[170] Os cálculos insuspeitos de SIRE, Bruno no seu "Enjeux et Défies Du Passage À L'Europe",*Revue Internationale de Droit Économique*, Tomo XII, n.º 3, 1998, apontavam, para o início do século, um mercado de 370 milhões de consumidores e cerca de 30% da produção mundial. Na nossa opinião, um tal poderio económico pode e deve consubstanciar-se num comparável grau de prosperidade dos cidadãos europeus.

[171] Cf. GODINHO, Sónia, "Para um equilíbrio da União Económica e Monetária: repensar o pacto de estabilidade e crescimento ou o próprio modelo económico de Maastricht?" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006, p.27: "Acima de tudo, está em causa a manutenção do paradigma da coordenação económica face à centralização das políticas monetáriase cambiais que tornam a disciplina

Como vimos resta aos Estados europeus, e mesmo nesse contexto de forma muito limitada, o instrumento orçamental.

Não abordaremos agora, reservando para isso um ponto autónomo, os constrangimentos conjunturais decorrentes da crise de 2008, que optámos por não ignorar, de tal forma são prevalecentes, mas também não permitir que toldem uma visão mais estrutural destas matérias.

Assim, os Estados-Membros perderam a liberdade de conformação da política monetária, passando esta a pertencer a uma nova autoridade monetária de dimensão Europeia.

Se é certo que a política monetária não é por definição prosseguida por via orçamental, os compromissos assumidos no pacto de estabilidade e no Tratado Orçamental[173] impõem uma efectiva restrição da liberdade de conformação orçamental, por estarem condicionados indicadores chave da economia como a divida pública, o défice do próprio orçamento, e a inflação[174].

---

orçamental comunitária necessária, do ponto de vista da estabilidade, mas cuja exequibilidade não se traduz, como seria desejável e esperado, em progresso económico.".

[172] Cf. SOUSA, Hugo Zsolt, [2004: 31]: "The stability and growth pact has also been continuously criticized for not being democratic in the sense that it does not reflect the desires of the population that legitimately expect economic growth and full employment to be the central economic policy objectives.".

[173] Cf. FREIRE, Paula Vaz, "A nova governação económica da União Europeia", Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

[174] Cf. FERRÉ, Montserrat, "Multilateral surveillance in the Stability and Growth Pact: an analysis through information sharing", Economics Bulletin, vol. 5, n.º 15, pp. 1 a 7, Universitat Rovira i Virgili, Roma, 2004.

Verifica-se assim que a perda de controlo sobre a política monetária implica por si só, e pela natureza dos compromissos assumidos, uma nova exigência de rigor orçamental, e de conformação do orçamento com critérios formais que reduzem substancialmente a margem de manobra dos governos[175].

Demonstra-se assim que pouca será a margem de liberdade orçamental[176] de um dado Estado Membro num panorama de incerteza quanto à manutenção dos fundos estruturais, o que não seria tão relevante se não estivessem também vedados os mecanismos monetário e cambial.

Uma vez que, como concluímos, os Estados membros da UEM perderam, totalmente, a possibilidade de usar a política Monetária e Cambial, seria indispensável que pudessem usar a política económica, executada por via do orçamento, para absorver os choques económicos.

Mas também nesta área, como vimos, o Pacto de Estabilidade e Crescimento limita fortemente o uso deste instrumento. As restrições a nível do

---

[175] LOPES, José da Silva, "A integração na zona euro e o crescimento da economia portuguesa", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra, 2010.

[176] Esta limitação da liberdade orçamental dos Estados-membros não deixa de ter aspectos positivos na medida em que os "países com uma experiência recente de certa instabilidade monetária (...) vêem na prossecução dos critérios de convergência [equiparáveis, como é óbvio, aos critérios do Pacto de Estabilidade] uma forma de praticarem a disciplina monetária e orçamental que julgam importante como base do crescimento sustentado das suas economias, e que, sem a pressão atinente à consecução das metas da convergência porventura não conseguiriam manter." (CUNHA, Paulo de Pitta e – "A Revisão Institucional e a Convergência Económica – Problemas dos Pequenos e Médios Estados Membros", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*,vol. XXXVI, n.º 1, Lisboa, 1995, pp. 218). O texto entre parêntesis rectos é nosso.

défice orçamental, por si só, inviabilizam o uso que habitualmente se fazia deste indicador[177].

Mesmo a escolha política da composição das rubricas de receitas e despesas, normalmente apontada como uma competência exclusiva dos Estados-membros está, indirectamente, sujeita a inúmeros constrangimentos: os fundos estruturais implicam uma certa participação nacional condicionando as despesas de investimento; os impostos indirectos (IVA) estão já sujeitos a um regime harmonizado; as regras sobre auxílios de Estado condicionam a composição das despesas, etc.[178].

A referida manutenção do défice orçamental, nos termos do pacto de estabilidade e crescimento, deverá também ela ser um especial desafio nos próximos anos. As privatizações terão um fim, e os benefícios obtidos no serviço da dívida pela redução das taxas de juro foram um efeito temporário da primeira fase da moeda única e não podem ser considerados como um dado permanente, mesmo depois de ultrapassada a actual situação de crise nos mercados.

O problema dos choques assimétricos só faz sentido no contexto de uma união económica e monetária. De facto, acompanhando a evolução histórica do estudo da questão (iniciado por Mundell, na década de 60) compreende-se que a própria

---

[177] Cf. FERREIRA, Eduardo Paz [1995:162] "A fixação de um limite ao défice orçamental dos Estados membros tem, por outro lado, como consequência uma radical redução do campo de manobra em política orçamental, assim como diminui, significativamente, a possibilidade de funcionamento dos estabilizadores automáticos.", questão tão mais grave quanto se identifica [1995:159] a "aparente ausência de qualquer lógica para a inclusão de regras relativas à dívida pública entre os critérios relacionados com a convergência económica.".

[178] Nesta matéria V., por todos, BEMPT, Paul van den – "The Impact of Economic and Monetary Union on Member States' Fiscal Politics", *Economic and Monetary Union: Implications for National Policy-Makers*, direcção editorial de Klaus Gretschmann, publicado por Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.

ideia de choque assimétrico depende da existência de um grau de integração económica muito elevado. É importante salientar que a zona Euro não é uma zona monetária óptima[179], e *por isso*, está sujeita a choques assimétricos[180].

A ideia de que numa Zona Monetária Óptima os ciclos económicos dos países participantes tendem a ser cada vez mais sincronizados[181], é uma utopia agradável que exclui, por definição, os choques assimétricos.

---

[179] V. RIBEIRO, João Pinto, "Controlo financeiro externo da dívida pública no contexto da União Económica e Monetária (UEM)" *in* Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

[180] PORTO, Manuel Lopes [2004], pp. 546 e ss.

[181] Embora a crítica seja atenuada pela existência dos Fundos Estruturais, não podemos deixar de relembrar que "Quando uma região atinge um certo nível de progresso económico, desenvolve-se um conjunto de forças de atracção, que actuam em benefício dessa região e em prejuízo das regiões mais pobres que com ela estão em contacto." (*in* LOPES, José da Silva - "Introdução à Teoria da Integração Económica, publicado por Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, separata de "Estudos Políticos e Sociais, vol.II, n.ºs 2 e 3, Lisboa, 1964., pp. 260).
A afirmação reflecte uma visão particularmente crítica que, aplicada à União Europeia equivale a dizer que os países da Europa Central-Norte crescem em prejuízo dos da Europa do Sul (e no futuro, dos da Europa de leste) negando completamente a ideia de convergência. Segundo alguns este é um factor bnem visível no actual momento da Europa.
No mesmo sentido advoga LARRAZ, José – *La Integración Europea y España*, Espasa-Calpe, Madrid, 1961, a pp. 55, onde afirma "(...) lógicamente, la diferencia entre el desarrollo económico de las regiones ricas y pobres, si no se adoptan medidas para neutralizar la evolución, tiende a acentuarse.".
Num outro registo, MEDEIROS, Eduardo Raposo – *Blocos Regionais de Integração Económica no Mundo*, publicado por Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 1998, a pp. 314 cita o Relatório Cechini onde se afirma "nem a teoria nem a história económica podem fornecer um esquema de vantagens ou desvantagens ou desvantagens distributivas prováveis" continuando, contudo, com a afirmação de que "são os pequenos países, e nomeadamente aqueles que entraram na Comunidade com estruturas económicas relativamente protegidas, que terão as maiores oportunidades de benefícios da integração do mercado", embora não conste do texto a fundamentação desta afirmação.

Se todos os países participantes sofrerem um choque simultâneo, continuam a ser válidos os instrumentos tradicionais, sendo equacionáveis medidas cambiais e monetárias para contrariar o ciclo negativo embora o mandato limitado do BCE, já referido, possa fazer questionar sobre a sua efectiva utilização.

Numa Zona Monetária Óptima a sincronização dos ciclos depende, não só do grau de integração económica, mas também de uma flexibilidade de salários e preços acompanhada de uma elevada mobilidade dos factores de produção, que permitirá ao mercado, por si, a absorção de choques.

Em alternativa, a Zona Monetária Óptima poderá ter uma política orçamental de estabilização centralizada a qual contribuirá, decerto, para a sincronização dos ciclos económicos dos países participantes.

Em suma, o país incluído numa Zona Monetária Óptima beneficia da possibilidade de usar os recursos tornados livres pela inexistência da moeda nacional (que se destinariam não só à execução das políticas monetárias, mas também à defesa da moeda perante um ataque especulativo) para outros fins, mas pode vir a suportar as consequências da perda dos instrumentos tradicionais de política económica.

Numa Zona Monetária Óptima, os choques assimétricos não existem. Contudo, e na realidade, nenhuma Zona Monetária é totalmente imune a crises geograficamente sectoriais.

Como também é verdade que, nesse contexto, o país participante não tem a possibilidade de ajustar a taxa de câmbio nominal nem de prosseguir uma política

monetária autónoma, os instrumentos tradicionais deixam de estar disponíveis e terão de ser encontrados novos instrumentos que permitam atingir as mesmas finalidades contra cíclicas.

Resta saber se a UEM Europeia é ou não uma Zona Monetária Óptima.

Da resposta a essa questão depende, em parte, a confiança dos mercados e dos cidadãos europeus nas estruturas comuns de gestão da política monetária e cambial e de coordenação das políticas económicas, já muito abaladas pela gestão casuística que tem sido feita da actual situação e que não aponta para a existência de capacidade e vontade de efectivamente gerir de forma solidária os choques assimétricos[182].

A UEM é, como o nome indica, uma Zona Monetária única. O Euro é a moeda comum aos países da Zona, pelo que resta apenas averiguar da existência ou não dos restantes elementos que permitem dizer que uma Zona Monetária é Óptima.

Como já se referiu, uma Zona Monetária é Óptima quando existe flexibilidade de salários e preços ou quando existe uma política orçamental centralizada. Alguns autores têm, recentemente, acrescentado uma nova característica que tornaria a Zona Monetária Óptima.

Segundo esses autores, uma economia aberta ao exterior, e com uma estrutura de trocas idiossincrática com os seus parceiros económicos, estaria ao abrigo de choques assimétricos – se um país exporta e importa um dado produto,

---

[182] Cf. GENNARI, E., R. Giordano e S. Momigliano, "Dealing with unexpected shocks to the budget", Temi di discussione del Servizio, Studi n.º 478, Banca d'Italia, Roma, 2005.

uma queda da procura agregada deste acaba por afectar, igualmente, esse país e os seus parceiros comerciais, assegurando a simetria do choque.

Em teoria, a flexibilidade de salários e preços permite ao país participante afectado reagir a um choque económico sobre o emprego de forma automática. Assim, se houver uma depreciação real (porque o ajustamento nominal já não é possível) dos salários e preços de um Estado participante, os bens deste tornam-se relativamente mais baratos e aumentam a competitividade externa.

A presença deste factor determina que a impossibilidade de realizar depreciações competitivas da moeda é ultrapassada, pois o mesmo objectivo pode ser prosseguido por esta via. A diferença está em que os custos sociais desta opção são muito mais violentos, e distribuídos de forma assimétrica entre a população, afectando de forma desproporcionada o factor trabalho e poupando o capital e o investimento. Ao contrário, a inflação, sendo generalizada, é socialmente mais distribuída.

Contudo, a esmagadora maioria dos países da União Europeia não tem uma estrutura de salários e preços suficientemente flexível para que possamos esperar deles um comportamento como o descrito.

A prática do Estado Social de Direito associada a uma certa implementação do sindicalismo indica que uma quebra real de salários como reacção a um choque económico é, no mínimo, lenta.

E se os salários não descem difícil será que os preços o façam, pois isso seria economicamente insustentável para as empresas.

A estes entraves ao funcionamento da flexibilidade de preços e salários como instrumento de correcção económica, acresce a anunciada intenção do BCE em manter a estabilidade de preços.

Com a inflação na casa dos 2%, torna-se quase impossível recorrer aos aumentos aparentes de salários que, por serem inferiores à inflação, poderiam permitir uma "flexibilidade forçada " dos salários promovida pelos próprios governos. Restam as diminuições nominais, cuja viabilidade política e impacto social são fortíssimos.

Outro factor de reacção a este tipo de crise seria a perfeita mobilidade dentro da Zona Monetária dos factores de produção.

A ser verdade que os trabalhadores e os capitais se movimentassem sem restrições dentro da Zona Monetária, o problema dos choques sobre o emprego e a produção seria facilmente corrigível[183].

Nesse cenário, perante um choque assimétrico, os factores de produção deslocar-se-iam da zona em ciclo negativo, para as zonas em ciclo positivo, dentro da mesma Zona Monetária.

---

[183] V., neste sentido, TELES, José Menezes e, *A União Económica e Monetária – Federalismo ou Intergovernamentalismo Orçamental*, Relatório de Mestrado no âmbito do Curso de Ciências Jurídico-Económicas, não publicado, 1999/2000, pp. 16: "Ora, na União Europeia, os preços e os salários não são suficientemente flexíveis e a mão de obra não se desloca facilmente de um país para o outro, devido a barreiras linguísticas e à dificuldade no reconhecimento dos diplomas escolares e na transferência de direitos de protecção social, no caso da emigração. Por sua vez, não foram previstos mecanismos de redistribuição financeira entre os países.".

Assim, os trabalhadores reencontrariam o emprego perdido e os capitais a rentabilidade desejada, de tal modo que a performance económica da zona afectada pelo choque assimétrico seria recuperada por via da remoção da pressão do emprego sobre a economia local.

Apesar de consagrada no TCE como objectivo uma mobilidade deste tipo, e das quatro liberdades estarem desde há muito em vigor, na realidade a mão-de-obra não se desloca com tanta flexibilidade que possamos esperar vir daí a solução de qualquer crise económica[184].

Subsistem na UE barreiras culturais e linguísticas de vulto (existe, é certo, uma só moeda, mas não é menos verdade que existem diferentes línguas oficiais e culturas distintas) as quais, associadas a outros factores, como sejam os diferentes graus de protecção social, os diferentes índices de remuneração e a subsistência de algumas barreiras administrativas (licenciamento de empresas, reconhecimento de graus académicos, de carteiras profissionais, etc.) determinam que a mobilidade da Zona Euro é historicamente[185] incipiente.

---

[184] O estabelecimento da liberdade de circulação e da liberdade de estabelecimento não parece ter tido uma influência importante sobre a percentagem de trabalhadores que se deslocam. Essa percentagem, calculada em cerca de 1% (um valor residual) não aumentou muito apesar das facilidades que, desde 1957, têm vindo a ser implementadas nestes domínio. De facto, como afirma ERICKSON, Christopher L. – "Wage Differentials: a Comparison of the European Union and the United States", *Monetary Fiscal Policy In An Integrated Union*, direcção editorial de Jürgen von Hagen, publicado por Springer Editors, Heidelberg, 1995, a pp. 166: "intra-EC emigration failed to respond to specific instances of reduction of legal barriers to migration since the 1957 treaty of Rome as well as to large and growing wage differentials (…)".

[185] No contexto da CECA verificaram-se casos, relatados por LOPES, José da Silva no seu "Introdução à Teoria da Integração Económica, publicado por Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, separata de "Estudos Políticos e Sociais, vol.II, n.ºs 2 e 3, Lisboa, 1964., a pp. 248, da seguinte forma: "Na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, por exemplo, verificaram-se casos em que os trabalhadores de minas de carvão que tiveram de ser encerradas não procuraram emigrar para outras regiões onde se lhes ofereciam possibilidades de emprego na mesma actividade, e isso apesar de substanciais auxílios financeiros a que teriam direito se desejassem fazer a deslocação.".

Nas zonas monetárias em que esta mobilidade existe (Estados Unidos da América) é sensível o seu efeito na atenuação de choques económicos assimétricos.

Em alternativa aos aspectos analisados pode-se recorrer, segundo os teóricos, à centralização da política orçamental de estabilização[186].

Ora, como é sabido, esse é exactamente o único instrumento clássico que foi deixado aos Estados-Membros[187]. Poder-se-ia esperar que, sendo a crise assimétrica e estando ao dispor do estado participante a política orçamental de estabilização, fosse essa a fonte da solução.

Contudo, a capacidade de um país participante da Zona Euro para executar políticas de estabilização que contrariem a fase negativa do ciclo económico, encontra-se fortemente restringida, quer pelos Tratados quer pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento.

---

[186] Nas palavras de CUNHA, Paulo de Pitta e – "A União Económica e Monetária e o Objectivo da Moeda Única", *Revista da Banca*, n.º 38, Lisboa, Abril/Junho, 1996, a pp. 80: " Nas uniões monetárias do tipo daquela que na Europa se está a constituir faltam elementos importantes para o seu funcionamento adequado, os quais supõem a passagem a um certo estádio de federalismo orçamental, não previsto no Tratado de Maastricht.".

[187] A recusa dos Estados-membros em centralizarem as competências orçamentais merece criticas, como a de FERREIRA, Eduardo Paz [1997:182], quando afirma que: "A inexistência de um orçamento comunitário com a dimensão e os instrumentos necessários para assegurar um efeito de redistribuição ou de estabilização em caso de choques económicos regionais é mais um factor para pôr em dúvida os benefícios da integração.".

A impossibilidade material de incorrer em défices excessivos[188] obrigará o governo de um país participante, face à quebra de receitas cobradas (impostos), a efectuar uma redução de despesa que não só o impedirá de promover a estabilização como, muito provavelmente, o vai levar a executar uma política pró-cíclica agravando mesmo a dimensão do choque económico.

Segundo certos autores, foi exactamente isso que aconteceu no processo de adesão à moeda única, em que a aplicação cega de critérios nominais[189] em tudo semelhantes aos constantes do Pacto de Estabilidade e Crescimento, levou ao agravamento do desemprego e ao retardar do retomar do crescimento económico[190]. E estará, em muito maior escala, a ocorrer actualmente.

---

[188] Isto porque, associado ao Pacto de Estabilidade existe um procedimento de défices excessivos que penaliza os Estados-membros que incumpram os limites, nomeadamente através da imposição de multas sob a forma de depósitos não remunerados. O valor destas multas, que pode ser muito elevado, acaba por contribuir, na nossa opinião, para o agravar da crise económica, único cenário em que se prevê que venha a haver défices excessivos. V., por todos, nesta matéria, HAHN, Hugo J. – "The Stability Pact for European Monetary Union: Compliance With Deficit Limit as a Constant Legal Duty", *Common Market Law Review*, vol. XXXV, n.º 1, publicado por Kluwer Law International, Holanda, Fevereiro de 1998.

[189] Cf. BRUCK, Tilman e Rudolf Zwiener, *Fiscal policy Rules for Stabilisation and Growth: A Simulation Analysis of deficit and Expenditure Targets in a Monetary Union*", German Institute for Economic Research, Berlim, 2004.

[190] V., neste sentido, CUNHA, Paulo de Pitta e – "A Revisão Institucional e a Convergência Económica – Problemas dos Pequenos e Médios Estados Membros", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*,vol. XXXVI, n.º 1, Lisboa, 1995, a pp. 218 onde o Autor, a propósito de Portugal, previa esta situação, afirmando que: "[o que] o caminhar, a marchas forçadas, para o cumprimento dos critérios de convergência, a tempo de não faltar ao "rendez-vous" fixado para 1999, pode acarretar em sacrifícios de expansão real e do aparelho produtivo e aumento do emprego."
Em 1979, o mesmo autor ("A Candidatura de Portugal e a União Económica e Monetária", *in* "Revista Jurídica", n.º 1, Lisboa, Dezembro de 1978 / Maio de 1979) defendia já ideias idênticas quando afirmava que "(...) surge naturalmente a questão de se saber se os progressos inerentes à criação da U.E.M. (...) poderão ser realizados por todos os países no seu conjunto ou se, como alguns sugerem, deverão ser exigidos apenas as países capazes de sustentarem o ritmo mais rápido.".

Efectivamente, quando não se estuda a História, somos levados à repetição dos mesmos erros.

A "recusa" da UE em assumir a centralização da política orçamental de estabilização prende-se, directamente, com a problemática dos contribuintes líquidos entenderem que esta centralização comporta, desde logo, a necessidade de transferir mais fundos para o orçamento comunitário (cerca de 0,2% do PIB Comunitário). E uma evidente "mutualização", como actualmente se diz, dos riscos de cada país com todos os demais. E alguma integração da receita, sem a qual não se pode considerar a integração de determinadas categorias de despesa[191].

Se se conclui pela fraca flexibilidade dos salários e preços, pela incipiente mobilidade dos factores de produção[192] e pela inexistência de uma política orçamental de estabilização centralizada a par de uma política orçamental de estabilização a nível nacional deficiente, torna-se obrigatório defender que a UEM não é uma Zona Económica Óptima.

Não quer isto dizer que a UEM não deva existir[193], embora seja hoje fácil encontrar quem o defenda, ou deva existir numa versão com menos países e países

---

[191] V., por todos, DOURADO, Ana Paula, *Lições de direito fiscal europeu: tributação directa,* Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

[192] V. FERREIRA, João Alexandre Pateira, *A União Económica e Monetária e a disciplina das finanças públicas: rigidez e flexibilidade na nova constituição financeira*, policopiado, Lisboa, 2007, pp. 172 e ss., sublinhando que "os mercados de bens e laboral não adquiriram ainda um grau de flexibilidade e eficiência [suficientes]"..

[193] Existe mesmo quem, sobriamente sopese as vantagens e desvantagens da UEM e conclua que "The theory of optimum currency areas provides some encouragement to the establishment of a

mais homogéneos entre si, mas sim que é necessário ter desde já a consciência de que os choques económicos assimétricos existirão e que é desde já necessário, face à certeza de que os mecanismos automáticos ou centralizados não existem ou são insuficientes, equacionar as respostas a dar nessas situações.

Se a UEM não é uma Zona Económica Óptima, teremos de estar estruturalmente preparados para a ocorrência de choques assimétricos.

É certo que a União Monetária, as políticas cambial e monetária únicas e a integração a todos os níveis, no contexto de um mercado único, reduzem, segundo alguns autores e apenas no muito longo prazo, as probabilidades da existência de choques assimétricos.

No mesmo sentido, avulta a contribuição dos fundos comunitários estruturais, que deveriam levar, mas não o têm feito, à redução das diferenças das estruturas produtivas e previne, por essa via, os choques assimétricos.

Num crescendo de optimismo, em muito sustentado pela performance dos países periféricos que se acreditava serem os mais susceptíveis de choques assimétricos e que, no período de arranque da moeda única mantiveram um ciclo consonante com os países centrais, foram muitos os que afirmam, contrariando o que acima expusemos, que a unificação monetária previne os choques assimétricos na UE[194]. A realidade desde 2008 tem mostrado o quão optimista era essa visão.

---

monetary union in the EC" (OVERTURF, Stephen Frank, *The Economic Principles of European Integration*, Praeger Publishers, Nova Iorque, 1986, a pp. 59.

[194] Esta afirmação é claramente contrariada pela análise de MASSON, Paul R. e Tamim Bayoumi – "What Can the Fiscal Systems in the United States and Canada Tell Us About EMU?", *European Monetary Integration*, direcção editorial de Paul J.J. Welfens, Springer-Verlag, Heidelberg, 1996, onde os autores concluem que existem dois núcleos na UEM, o primeiro bastante homogéneo e o segundo menos homogéneo. Afirmam, por isso que " the EC has a core set of countries, made up of

Para os defensores desta tese, a unificação monetária, acompanhada de uma crescente integração económica e financeira e da coordenação das políticas económicas, leva à sincronização dos ciclos económicos dos países participantes (contudo, foram em grande parte as disfunções do seu ciclo económico que levaram o Reino Unido a ficar de fora da moeda única[195]), o que justificaria, *per se*, o optimismo a que aludimos.

A ideia de que os choques futuros serão simétricos permitiria, nos limites impostos pelo objectivo da estabilidade de preços, que o próprio BCE usasse as políticas monetária e cambial como elementos anti cíclicos, respondendo às necessidades de estabilização de toda a zona Euro.

Por essa razão, ocupar-nos-emos, apenas, dos choques assimétricos, pois não é lícito pensar-se que, nesses casos, o BCE venha a intervir. Até porque não dispõe dos instrumentos necessários para acorrer a choques económicos localizados.

Em primeiro lugar, porque o seu objecto é a estabilização da Zona Euro e não de um dado país (se aquela estiver estabilizada e o país não, ou vice-versa, o

---

Germany, France, the Netherlands, Belgium and Denmark, which have a similar level of symmetry in their shocks to those of the United States (…) The other EC countries, however, face significantly larger idiosyncratic shocks." Como resultará do texto, concordamos no essencial com esta crítica.
O problema não deixa de ser agravado com as sucessivas adesões de novos países à moeda única. Cf., sobre este aspecto, AHIJADO QUINTILLÁN, Manuel e Rubén Osuna Guerrero, *Union Económica y Monetaria Europea – La ampliation al Este*, Volumes I e II, Ediciones Pirámide, Madrid, 1999.

[195] De facto, em meados de 1997, por exemplo, o Reino Unido estava "numa fase avançada do ciclo económico, enquanto a Itália se encontrava ainda em desaceleração da actividade económica" – a frase é de SILVA, Aníbal Cavaco - "Portugal e a Moeda Única", Verbo Editora, Lisboa, 1997, a pp. 129.

BCE agirá até de forma pró-cíclica prejudicando o país dissonante) e, em segundo lugar, porque a utilização da política monetária do Euro como instrumento de estabilização está desde logo limitada pelo objectivo da estabilidade de preços.

Sempre entendemos que a possível sincronização dos ciclos económicos não vai ser nem tão rápida nem tão perfeita quanto os defensores dessas teses acreditam.

Mesmo fora da particular situação actual, sendo que a UEM está inserida num processo global de liberalização do comércio, é de antecipar, ainda, ditada pelas forças do mercado, a existência de concentrações sectoriais regionais, ditadas pela necessidade de criar economias de escala, que tornarão os choques sectoriais em verdadeiros choques assimétricos.

As duas questões apontadas (existirão outras, mas menos relevantes) enformam a nossa convicção de que a UEM não só não é imune, como é particularmente sensível a choques assimétricos causados por diferenças nas estruturas produtivas.

Daqui se retira que a procura de instrumentos que permitam combater estes choques assimétricos, não deve passar por soluções de ocasião mas sim por instrumentos de estabilização eficazes, habilitados a responder a choques assimétricos de diferente magnitude, origem e dimensão geográfica.

Importa, especialmente hoje, não nos conformarmos com a impossibilidade de evitar choques assimétricos no seio da União Europeia ou, pelo menos, de os gerir adequadamente.

Até agora temos referido, sistematicamente, um choque assimétrico que afecte um Estado Membro. Na realidade, ele pode atingir apenas uma parte desse Estado, mas o Estado é a unidade mínima que pode, em tese, minimizar os efeitos desse choque.

A necessidade de intervir na economia deriva do facto de o mercado não ser, por regra, perfeito no seu funcionamento. Torna-se necessário corrigi-lo agindo sobre este ou aquele aspecto que esteja a prejudicar o desempenho global de uma dada economia.

A necessidade de um certo grau de estabilização[196], a nível local ou central, é indesmentível, como se pode aferir do facto de instrumentos desse tipo existirem na esmagadora maioria dos sistemas de tipo federal (ou federalizante).

Apenas a título de exemplo, esses sistemas existem nos EUA entre os Estados e o Governo Central (apesar da mobilidade do factor trabalho ser, aí, bem mais elevada) e mesmo na Alemanha, entre as Regiões e o Governo Central.

A consequência lógica de defender a necessidade de estabilização é tentar definir, de forma abrangente, quais os factores que poderão ser chamados a essa tarefa e qual a sua viabilidade para a executarem. É isso que se tentará fazer nos pontos seguintes.

---

[196] Para se evitar que, como alertava CUNHA, Paulo de Pitta e – "A União Económica e Monetária e o Objectivo da Moeda Única", *in* "Revista da Banca", n.º 38, Lisboa, Abril/Junho, 1996, a pp. 80: "Perdidos os instrumentos nacionais de controlo dos câmbios e da moeda, e não se dispondo de recursos compensatórios dimanados de um orçamento central da União, o ajustamento dos desequilíbrios passará a fazer-se por via do aumento de desemprego e da compressão dos rendimentos". Cf., no mesmo sentido, CADILHE, Miguel, "Luzes e Sombras da União Económica e Monetária", *Revista da Banca*, n.º 16, Lisboa, 1990.

Além da circunstância, já amplamente tratada, de uma Zona Monetária tender a, *per se*, estabilizar, ainda que de forma pouco efectiva, por via da sincronização dos ciclos económicos e evitar, assim, choques assimétricos, a doutrina maioritária costuma apontar apenas um outro estabilizador automático: a estrutura fiscal e orçamental da Zona.

Ironicamente, ou não, a circunstância de, a nível fiscal e orçamental, a integração europeia ser menos profunda que nos outros aspectos da Política Económica, acaba por prejudicar, em moldes que analisaremos, a possibilidade de funcionamento deste mecanismo[197].

De notar aqui o papel dos benefícios fiscais, que ainda não está inteiramente compreendido e cujas potencialidades de ferramenta de auxílio na definição das políticas estão ainda a ser descobertas[198]. Esta é uma realidade, contudo, fortemente afectada também por condicionalismos europeus[199].

Em resumo, a estabilização automática baseia-se no seguinte raciocínio: se existem transferências de impostos para o Governo Central com base, por exemplo, no consumo, o advento de uma crise económica levará a que esse Estado

---

[197] Há quem defenda o contrário, afirmando com PINHEIRO, Gabriela, *A Fiscalidade Directa na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, a pp. 64. que: "[ na] ausência de uma autoridade financeira e fiscal comunitária com peso suficiente para influenciar a conjuntura europeia (...) a soberania orçamental e fiscal [dos Estados-membros] reveste-se de importância acrescida.".

[198] Cf. GODBOUT, Luc, *L'intervention gouvernementale par la politique fiscale: le rôle des dépenses fiscale : étude comparée: Canadá, États-Unis, France*, Economica, Paris, 2006, em especial pp. 283, quando assinala que "force de constater que l'utilisation par les gouvernments de la notion de dépenses fiscales et encore loin d'avoir atteint son plein potentitel.".

[199] RIBEIRO, Nuno Sampayo, "Coordenação Fiscal na UE e competitividade das empresas portuguesas", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra, 2010.

transfira menos verbas para o Orçamento Central apenas devido à quebra do volume de procura agregada.

Se, simultaneamente, as transferências do governo Central para o Estado se baseiam em pressupostos diferentes e se, especialmente, asseguram as prestações de carácter social[200], temos a funcionar um mecanismo automático de reacção a crises assimétricas.

Na prática, o Estado afectado vai beneficiar de uma solidariedade inter-regional indirecta. Paga menos ao Governo Central e recebe o mesmo volume de receitas. É claro que isso implica que uma região em expansão económica pague mais do que recebe do Governo Central.

O sucesso deste tipo de mecanismo assenta, primeiro que tudo, na sua rapidez de resposta (daí que se prefiram, por definição, estabilizadores automáticos) uma vez que uma resposta "atrasada" poderá ser pró-cíclica e , portanto, prejudicial.

[200] Os potenciais de estabilização da procura agregada por via das prestações sociais centralizadas no contexto dos choques assimétricos é mesmo invocado como uma das razões para defender a existência de um Política Social da União Europeia. Neste sentido, V. AHIJADO, Manuel, *A União Económica e Monetária Europeia – Mitos e Realidades*, trad. de Carlos Aboim de Brito, Publicações D. Quixote, Lisboa, 1998, a pp.214, onde se lê "os argumentos a favor [da política social] podem ser classificados em quatro rubricas: (...) ii) que as despesas de protecção social têm um importante papel na *estabilização da procura global*, já que tendem a aumentar nos períodos de recessão e a diminuir nos de expansão.".

Mais, este tipo de transferências gera uma solidariedade automática, independente de negociações caso a caso e relativamente opaca aos olhos do grande público[201] – o que a torna politicamente menos onerosa.

Ora a Europa tem falhado precisamente nestes dois aspectos. O tempo da decisão, como abaixo se ilustrará, é muito lento e a solidariedade parece desaparecida desde que a Europa se mobilizou para ajudar á reunificação alemã, não deixando de ser irónico que seja precisamente a Alemanha a liderar o bloco dos países que obsta á existência de uma verdadeira solidariedade na Europa.

A grande vantagem deste mecanismo é que a estabilização é feita directamente ao nível do cidadão, pelo menos na parte relativa ao aumento das prestações sociais.

Contudo, para ser eficaz, este mecanismo tem de ter uma expressão substancial na economia da região.

Este mecanismo age quer sobre a capacidade de financiamento de despesa pública do Estado afectado (que não sofre um encolher de receitas devido a uma menor cobrança de impostos) quer sobre a capacidade financeira de cada cidadão, que consegue manter o seu poder de compra quase intacto e que acaba por ser o motor da recuperação económica.

---

[201] Por referência ao sistema americano BRANSON, William H., *Financial Market Integration, Macroeconomic Policy and the EMS*, discussion paper nº 385, CEPR, Londres, Março de 1990, a pp. 36, explica o fenómeno da seguinte forma: " (...) in the face of relative real disturbances in the US, the federal fiscal system makes fiscal transfers automatically between the affected areas. (…) The fiscal transfer is made automatically, without a negotiation between the governments (…) without going through the intermediation of the state governments.".

Obviamente, se a crise for devida a um "sobreaquecimento" da economia o mecanismo funciona de forma inversa, absorvendo liquidez e mantendo o nível de receitas do Estado.

Para ter efeitos razoáveis na estabilização regional, o volume de transferências de e para o Orçamento Central deverá situar-se entre os 20% e os 40%, valores apurados por referência aos sistemas norte-americano e canadiano[202].

A razão para se ter adiantado que este mecanismo é pouco apto a funcionar no seio da UEM prende-se com o seguinte: uma certa coordenação de políticas fiscais e orçamentais é já uma realidade (para evitar desvalorizações competitivas dos impostos para atrair capitais e/ou investimentos, existe já um acordo relativo a um código de conduta, na medida em que os Estados membros vêm com maus olhos esta prática, tal como o faziam com as desvalorizações competitivas da Moeda) mas não está sequer na Agenda Política, prevista a transferência de poderes nesta área para a Comunidade[203].

Os Estados-Membros tendem a encarar a soberania fiscal e orçamental como a sua última arma para intervir sobre a economia. À excepção do IVA, nenhum outro imposto comunitário, muito menos com estes fins, será instituído nos próximos tempos[204]. Contudo, esta seria a solução mais fácil de gerir, na

---

[202] Cf. SCOTT, Andrew, "EMU and its impact at the regional level: mechanisms and consequences", *The State of the European Union – Structure, enlargment and economic union*, (coord. John Usher), Longamn, Essex, 2000.

[203] Cf. EIJFFINGER, Sylvester C. W. e Jakob de Hann, *European Monetary and Fiscal Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

[204] Cf. DOURADO, Ana Paula, *Lições de direito fiscal europeu: tributação directa,* Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

prática, embora tivesse as consequências derivadas do "engordar" substancial do Orçamento Comunitário.

Na falta de um estabilizador automático em que se possa confiar, ou seja, na falta de um imposto "federal" sobre o rendimento, como descrito, e na certeza de que a UE não é uma Zona Monetária Óptima, o que resta fazer?

Importa notar, neste momento, que não consideramos o FEDER ou meso o QREN como um sucedâneo deste tipo de mecanismo. Como a maioria dos economistas afirma, este tipo de fundos destinam-se a investimentos de longo prazo, estando dirigido à atenuação das diferenças estruturais.

Não tendo a capacidade de responder a crises pontuais estes fundos são um instrumento importante na aproximação dos níveis de produtividade e desenvolvimento económico sustentado entre *regiões* – na medida em que o FEDER é pensado de uma forma regional, de certa forma "cega" em relação às fronteiras nacionais, é especialmente útil nesta perspectiva.

Noutros países europeus há que contender ainda com as autonomias mais acentuadas resultantes da sua própria natureza federal ou quase-federal[205]

Pode, nessa medida, contribuir para a uniformização das condições económicas da zona[206] até porque tem preocupações redistributivas, mas não tem

---

[205] V., por exemplo, LAPATZA, Jose Juan Ferreiro, *Curso de derecho financiero español : instituciones*, 25.ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

[206] Nesta matéria V., por todos, PIRES, Luís Madureira, *A Política Regional Europeia e Portugal*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998. Apenas a título de exemplo, cita-se o Autor, na pp.

a capacidade de responder a crises assimétricas embora possa, como salientado, ajudar a evitá-las.

Sabemos hoje que será necessário encontrar mecanismos que funcionem pois os custos de não o fazer (aos económicos acrescem os custos sociais) são incomportáveis.

Teremos de partir em busca de instrumentos de estabilização, já não inerentes ao próprio mercado (automáticos) mas criados fora deste com o objectivo de o estabilizar.

Coloca-se, com acuidade, a questão de saber se a estabilização necessariamente requerida devido ao exposto anteriormente deve ser assegurada pelos governos dos Estados-Membros ou pela própria Comunidade.

Em nome do princípio da subsidiariedade[207], podemos dizer que, se essa estabilização puder ser feita de modo satisfatório a nível dos Estados-membros assim deverá acontecer.

A intervenção da EU só deve acontecer se se demonstrar que, a nível nacional, a estabilização não pode ser prosseguida de forma satisfatória[208].

---

21, onde afirma: "Assistiu-se, assim, à instituição de um mecanismo de redistribuição orçamental em favor dos Estados menos prósperos, mas assente na preocupação de reduzir os desníveis de desenvolvimento entre as regiões da Europa.".

[207] BRITO, Wanda Ferraz de, *O princípio da subsidiariedade e a política económica na UEM – Contributo para a definição da relação jurídica EU/Estados membros em sede de ajuda comunitária*, Relatório de Mestrado no âmbito do Curso de Ciências Jurídico-Comunitárias, policipopiado, Lisboa, 2002.

Se tomarmos como certo que não existe suficiente flexibilidade de salários e preços nem mobilidade fluida dos trabalhadores, que os Estados-Membros já não dispõem da política monetária e cambial para fazer face a crises económicas e que a estabilização por via fiscal é ou pouco viável e demasiado onerosa ou, se prosseguida directamente, tendente a fazer fugir os capitais[209], o que mais agravaria a crise, não restam muitas dúvidas sobre qual o nível a que a estabilização deve ser assegurada.

Mais, em economias abertas, como são as dos Estados-Membros no contexto da UEM, os esforços do Governo Nacional para estabilizar a economia sofrerão um fenómeno de externalidades. Isto é, parte do esforço irá beneficiar outras zonas dentro da Zona Monetária, num fenómeno conhecido como "Spill-over".

---

[208] Com uma visão critica da invocação do principio da subsidiariedade em matéria de UEM, o Prof. Paulo Pitta e Cunha em texto publicado na obra "A União Europeia na Encruzilhada", publicado por Editora Almedina, Coimbra, 1996, a pp. 10 afirma: "Por muito que se procure atenuar a imagem de centralização assim associada à perspectiva federal, através da referência a um poder partilhado entre o nível federal e os níveis infra-federais, sob a influência do principio da subsidiariedade (...) não deixa de ser claro que, cedido pelos estados-membros um dos poderes associados à noção de soberania (o relativo à moeda), o Tratado de Maastricht veio reintroduzir a visão da subordinação dos Estados a uma estrutura supranacional que, pela amplitude do campo agora visado, apresenta virtualidades de uma evolução global no sentido federal.".
Realizando uma análise semelhante à nossa, em que procura enumerar os instrumentos ainda ao dispor dos Estados e invocando também o Principio da Subsidiariedade V. KOSTORIS, Fiorella Padoa Schioppa, *What Policy-Instruments Remain to Be Used and By Whom Within The European Monetary Union*", não editado, Lugano, 1999, em especial o Capitulo 3 "At what level policy-making remains to be done acording to the Subsidiarity Principle?".

[209] V., por todos, para uma caracterização do sistema fiscal, VASQUES, Sérgio, *Manual de direito fiscal*, (reimp.), Almedina, Coimbra, 2012. Os constrangimentos não se colocam apenas na dimensão europeia, mas a nível mundial. V., a este respeito, MAIA, Alexey Fabiani Vieira, "A concorrência fiscal internacional: análise sob a perspectiva da Organização Mundial do Comércio (OMC)", separata de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume 50, n.ºs 1 e 2, Almedina, Coimbra, 2010.

Esta realidade tem duas consequências: em primeiro lugar torna-se mais oneroso combater uma dada crise, uma vez que uma percentagem mais ou menos substancial desse esforço "transborda" para fora da zona afectada pelo choque assimétrico, incumprindo a sua função de estabilizar a economia afectada.

Em segundo lugar, só os residentes da zona afectada terão de pagar os custos dessa intervenção (sob a forma de impostos mais altos, no futuro, ou de aumentos do défice).

Na prática, um dado Estado-Membro terá poucos ou nenhuns incentivos para prosseguir uma política de estabilização própria. Ela sairá demasiado cara, será pouco eficiente (baixa relação custo/beneficio) e poderá sujeitar o Estado-Membro a sanções do Conselho.

Mais, o deixar a obrigação de estabilização aos Estados-Membros gerará assimetrias uma vez que se uma região for mais frequentemente assolada por choques assimétricos ela terá uma maior dívida pública e uma economia mais instável que o resto da Zona.

Estabelecemos, até ao momento, dois princípios base: a estabilização deve ser prosseguida como um objectivo e deve caber à Comunidade fazê-lo.

A recente criação do Mecanismo Europeu de Estabilidade apenas responde a situação actual – partindo da ideia de crise de dívida pública[210] – e nada prevê que permita evitar as consequências de outros tipos de crise económica[211].

---

[210] RIBEIRO, João Pinto, "Controlo financeiro externo da dívida pública no contexto da União Económica e Monetária (UEM)", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

A não ser, claro, que se pretenda que cada estado combata sozinho o choque assimétrico ao ponto de carecer de assistência financeira.

Os benefícios de uma moeda única na Europa são inegáveis, levando mesmo a poder defender-se a existência de uma única moeda a nível mundial, pese embora os igualmente inegáveis desafios que tais soluções colocam[212] mas temos de estar preparados para lidar com os desafios que ela nos coloca.

---

[211] FERREIRA, Eduardo Paz, "A crise do Euro e o papel das finanças públicas", *Finanças Públicas da União Europeia*, (Coord. João Ricardo Catarino e José F.F. Tavares), Almedina, Coimbra, 2012.

[212] GONÇALVES, José Renato, "Depois do euro: a caminho de uma moeda única mundial?", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha,* Almedina, Coimbra, 2010, p. 564, é cautelar: "é discutível julgar que a eventual substituição das diferentes moedas «nacionais" por uma só traga apenas (ou sobretudo" vantagens", sublinhando que "Num quadro geográfico e político tão amplo, transbordante de disparidades e assimetrias nacionais, não deve ser minimizada a importância do mecanismo cambial enquanto instrumento de ajustamento (…)".

## 3.3 A crise europeia desde 2008 vista de Portugal

A crise de 2008 na Europa tem, no essencial, características de um choque assimétrico[213].

De facto, pese embora não ser fácil intuir evidentemente esta relação, parecendo que estamos perante uma crise de dívida, logo, financeira, e não numa situação de evolução adversa de uma ou mais das economias da zona euro, a verdade é que o falhanço colectivo na gestão do problema contém em si mesmo aspectos e características que permitem sustentar que o actual momento pode ser explicado, julgamos que com propriedade, à luz da teoria das zonas monetárias óptimas e dos choques assimétricos tal como as expusemos.

Dito de outra forma, a crise de 2008-2010[214] pôs em evidência os desequilíbrios entre o pilar da política monetária e o da política económica[215].

Ambos há muito diagnosticados[216].

---

[213] Cf. GONÇALVES, José Renato**,** (2010:301).

[214] Para um enquadramento da origem da crise, com uma interessante aplicação de ferramentas da análise económica do direito, em torno dos factores psicológicos subjacentes ao funcionamento dos "mercados", V. FRANCO, Raquel, *Crónica de uma crise anunciada: contributo para uma análise do papel dos factores psicológicos nos mercados financeiros,* policopiado, Lisboa.

[215] Levando mesmo alguns a duvidar da subsistência da moeda única. Cf. CONGDON, Tim "Why the Euro will fail", *The Euro*, ed. Paul Templeton, John Wiley & Sons, Chichester, 1997 e CONNOLLY, Bernard, "Moeda Única: um passo em falso", *O Desafio Europeu – Passado, Presente, Futuro*, (coord. João Carlos Espada), Principia, Cascais, 1998.

[216] Cf. FERREIRA, João Pateira, (2010:377): "O equilíbrio da união económica *e* monetária imporia, antes de mais, que se encontrassem respostas institucionais ao necessário diálogo entre a política e

Para muitos sectores, esta crise europeia foi e continua a ser vista como uma crise de dívida pública. Quando, no fundamental, o que permite especular quanto à sustentabilidade da dívida pública de um país é a saúde subjacente da sua economia e a complacência do Banco Central Europeu, naturalmente.

Isto para além de se olvidar que este tipo de crise nasce no sistema financeiro, é depois transmitida aos Estados e, por fim, à chamada economia real, como é historicamente sabido e sempre esquecido[217].

O sistema financeiro vem primeiro criar e depois agravar as dificuldades.[218]

---

monetária, eventualmente no reforço da integração política, já que este parece ser o único caminho para uma política económica verdadeiramente comunitária.”.
No mesmo sentido se pronuncia SANTOS, Luís Máximo dos, (2010:591), associando “a debilidade do modelo de governação económica da União Europeia (…) do facto de não existir um enquadramento institucional adequado – designadamente no plano da representação política – em que seja possível discutir a política económica no seu todo, isto é, incluindo também a política monetária.”.
V. ainda, CUNHA, Paulo de Pitta e, “The domestic crisis and international crisis”, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume 50, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, Lisboa, 2009 e “A crise da dívida soberana e o Tratado de Lisboa”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Coimbra Editora*, Coimbra, 2012.

[217] Já em 1910 BAUDIN, Pierre, *Le budget et le deficit,* Édouard Cornély, Paris, 1910, pp. 245, alertava “aujourd'hui nous nous trouvons en face d'un simple embarras budgétaire. Demain nous aurons peut-être à résoudre une crise financiére, et le passé nous avertit que c'est souvent par là que débutent les crises politiques.”.
Mais recentemente, Cf. NG, Serena, e Jonathan H. Wright "Facts and Challenges from the Great Recession for Forecasting and Macroeconomic Modeling." *Journal of Economic Literature*, Ano 51, n.º 4, American Economic Association, Nashvile, 2013, pp 1120 e ss..

[218] Cf. GONÇALVES, José Renato, “A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, Número 2, Almedina, Lisboa, 2010. Cf. ainda ADMATI, Anat e Martin Hellwig, "Does Debt Discipline Bankers? An Academic Myth about Bank Indebtedness", Institute for New Economic Thinking (INET) Research Note 024, disponivel em http://ineteconomics.org/sites/inet.civicactions.net/files/Note-24-Adamati-Hellwig.pdf.

Este equívoco implica que, não só existiu, num primeiro momento, alguma dificuldade em compreender o total alcance desta crise, como no facto de que essa dificuldade de compreensão se mantém até hoje[219].

De facto, à crise financeira de 2008 a Europa reagiu num primeiro momento com políticas comuns e integradas de gestão da crise, que permitiram uma resposta simétrica e coordenada, tendo sido evitadas muitas das consequências imediatas dessa crise.

Foi só quando se iniciaram, já em 2010, os problemas quanto a Estados-membros em concreto, do ponto de vista das respectivas dívidas públicas, é que se abandonou uma resposta única e coordenada em favor de uma perspectiva de ir resolvendo um problema de cada vez, sem recurso a políticas centralizadas efectivas (nomeadamente as políticas monetária e cambial).

O pacto de estabilidade e crescimento[220], mesmo depois das suas revisões[221], mostrou-se incapaz de gerar mecanismos de resolução da crise.

---

[219] Ao invés, veja-se a clareza do diagnóstico em AA. VV., *Crise, justiça social e finanças públicas* (org. FERREIRA, Eduardo Paz et al.), Colecção Colóquios IDEFF, Almedina, Coimbra, 2010.

[220] Cf.MORAIS, Luís D. S., (2006:823) quando afirma: "pensamos que outras insuficiências sérias podem ser detectadas, *v. g.,* no que respeita ao papel adequado dos défices orçamentais nas situações inversas, de abrandamento económico e recessão". V., ainda, TANZI, Vito, (2005).

[221] Cf. FREIRE, Paula Vaz, "A nova governação económica da União Europeia" *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 450: "no actual contexto de crise as características de rigor na gestão das finanças públicas e de sustentabilidade da estrutura de crescimento, que informam o modelo de governação económica europeia, traduzem-se em maior austeridade e recessão.".
Cf.., ainda, ANNETT, Anthony, JORG Decressin e Michael Deppler, "Reforming the Stability and Growth Pact", *IMF Policy Discussion Paper*, International Monetary Fund, Washington, 2005.

O mesmo é verdade para o quadro político-institucional e a própria arquitectura do Tratado de Lisboa[222], suportada numa maior integração de políticas mas que, ainda assim, serão insuficientes para lidar com situações deste género.

Tudo se passou, portanto, como se o Tratado de Lisboa não existisse, tendo os mecanismos institucionais ficado à margem do desenho das soluções para a actual situação, pautada antes por soluções pontuais, casuísticas e, as mais das vezes, tomadas *in extremis*[223].

Já em 2005, aquando da primeira grande revisão do pacto de estabilidade e crescimento, tinha ficado claro que a Europa só ajusta devidamente as políticas quando são afectados os grandes países, nomeadamente a Alemanha e França[224].

Mesmo agora, por causa da crise, a evolução do pacto de estabilidade e crescimento[225] continua a ser feita numa perspectiva que beneficia claramente

---

[222] Cf. GODINHO, Sónia, (2006). V., ainda FERREIRA, João Pateira (2010:377) que advoga "um reforço dos poderes orçamentais comunitários, sacrificando – ainda mais – a soberania orçamental dos Estados-membros, em direcção a um *governo económico* com estatuto equivalente ao do próprio Banco Central Europeu.". Cf. ainda, DONÁRIO, Sónia, (2010:1284), defendendo que "esta teria sido mais uma ocasião para ir um pouco mais longe.".

[223] Cf. CUNHA, Paulo de Pitta e, (2012:456), que conclui que o Tratado de Lisboa permaneceu "em plena sombra, enquanto os membros da zona euro congeminavam, de urgência, instrumentos para atenuar a crise ou procurar sair dela (…)".

[224] Cf. RODRIGUES, Nuno Cunha, "Breves reflexões sobre a dívida pública e a proposta do Orçamento de Estado para 2013" *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano V, número 3, Almedina, Coimbra, 2013, p. 47.

[225] Cf. DEUBNER, Christian, "A Dynamic Perspective for the Reform of the Stability and Growth Pact", *CEPII, Working Paper No 2006-06*, CEPII, Centre D'Études Prospectives et D'Informations Internationales, Paris, 2006.

alguns países face a outros[226]. Facto que, em Portugal, mereceu pouca discussão pública[227].

O papel da Alemanha na gestão da crise na Europa merece críticas, não apenas do ponto de vista da solidariedade europeia (que a Europa mostrou à Alemanha desde o primeiro momento, quando a incluiu no projecto europeu e, mais recentemente, quando tudo fez para acomodar o complexo processo de integração das "duas Alemanhas[228]") mas também do ponto de vista da sustentabilidade de médio-longo prazo da economia europeia[229].

---

[226] V. TANZI, Vito, (2010: 1335): "objective and real concepts such as actual deficits, actual GDPs (…) will be prelaced to a large extent by «virtual" concepts (…) that must be fabricated on the bases of often highly questionable assumptions.". V., ainda, SUMBA, Armando, (2010:43), equacionando mas não concluindo pela pura e simples eliminação do Pacto de Estabilidade e Crescimento.

[227] Com naturais excepções, que citamos neste ponto. Cf., por todos, AA. VV., *Portugal, a Europa e a crise económica e financeira internacional*, Conferência organizada no ISEG em sessão de homenagem ao Professor Doutor António Romão, em 8 de Março de 2012, Almedina, Coimbra, 2012.

[228] Cf. DUSTMANN, Christian, Bernd Fitzenberger, Uta Schönberg, e Alexandra Spitz-Oener, "From Sick Man of Europe to Economic Superstar: Germany's Resurgent Economy." *Journal of Economic Perspectives*, Volume 28, n.º 1, American Economic Association, Nashvile, 2014, pp.167-88. Os autores assinlam, e bem, que "In the late 1990s and into the early 2000s, Germany was often called "the sick man of Europe." Indeed, Germany's economic growth averaged only about 1.2 percent per year from 1998 to 2005, including a recession in 2003, and unemployment rates rose from 9.2 percent in 1998 to 11.1 percent in 2005. Today, after the Great Recession, Germany is described as an "economic superstar." In contrast to most of its European neighbors and the United States, Germany experienced almost no increase in unemployment during the Great Recession.".

[229] Cf. NUNES, Avelãs, (2011:225). V. ainda, MARQUES, Manuel Paulo Rendeiro, [2011:105]: a "orientação estratégica seguida pela Alemanha [pode] (…) criar problemas ao investimento a longo prazo, o que criará problemas ao crescimento económico.". O que se coloca aqui em destaque é o "velho conflito que opõe a eficiência económica à justiça distributiva". No mesmo sentido cf. ALVIM, Mariana de Sousa e, *A constitucionalização da política social europeia*, policopiado, Lisboa, 2004, pp. 32.

Não se pode, contudo, menorizar o facto de que é mais difícil proceder às reformas necessárias – e cuja necessidade é reconhecida há anos – num momento de crise económica[230].

Como não se pode ofuscar que, no caso português, como nos demais, há que somar os factores decorrentes da crise internacional aos associados aos problemas próprios da economia de cada Estado, que já estavam em curso há muitos anos[231].

Do ponto de vista da realidade portuguesa, avultam entre as implicações da crise e do chamado "programa ajustamento económico e financeiro" que ilustram um grau anormal de constrangimento do uso da política orçamental, os perigos das políticas pró-cíclicas e, no geral, as fragilidades da UEM que já se referiram acima: falta de solidariedade, e ausência de mecanismos adequados a gerir crises ou choques assimétricos dentro da zona Euro[232].

O balanço da experiência portuguesa não pode deixar de ser negativo, tendo em conta que os desequilíbrios se agravam e os desvios em relação ao previsto são muito expressivos.

---

[230] Cf. MORAIS, Luís D. S., (2010: 630).

[231] Cf. CUNHA, Paulo de Pitta e, (2009:64): "this is how a 10-years old domestic economic crisis is amplified by intertwining with its consequences an international crisis whose magnitude is only comparable to that ocurring 70 or 80 years ago.".

[232] Cf. ANTUNES, Tiago "Reflexões constitucionais em tempo de crise económico-financeira" separata de *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

Entre 2010 e 2013, o PIB irá contrair-se pelo menos 7% e não os previstos 3%, o desemprego atingirá mais de 18,2% em vez dos 13,3% inicialmente estimados, o investimento cairá 32% em vez de 15%, e as exportações aumentarão só 12% e não quase 20%.

Por fim, a dívida atingirá pelo menos 124% do PIB, em 2014, muito acima dos 115% previstos e a redução do défice é sucessivamente adiada.

A crítica mais comummente formulada ao plano de ajustamento prende-se com uma filosofia de "austeridade expansionista" da qual só a primeira metade da equação se concretiza e com a forte natureza pró-cíclica das políticas adoptadas[233], com efeitos devastadores sobre o emprego e o bem-estar. Aspecto que, aliás, era previsível[234].

Uma política orçamental restritiva e pró-cíclica num contexto de crise económica – socialmente designada por austeridade ou, no discurso tecnocrato-político, austeridade expansionista têm consequências evidentes[235]. A insistência neste tipo de políticas tem suscitado preocupações muito legítimas[236].

---

[233] Muito fruto da problemática dos chamados "multiplicadores". Cf. MICHAILLAT, Pascal. "A Theory of Countercyclical Government Multiplier.", *American Economic Journal*, Volume 6, n.º 1, American Economic Journal, Nashvile, Janeiro de 2014, pp. 212, que assinala os fundamentos últimos dos erros cometidos nesta materia a partir da demonstração de que a "first implication is that work that estimates average multipliers over all stages of the business cycle may not be informative for the design of government policy in recessions".

[234] Cf., novamente, CUNHA, Paulo de Pitta e, (1996: 80): "Perdidos os instrumentos nacionais de controlo dos câmbios e da moeda, e não se dispondo de recursos compensatórios dimanados de um orçamento central da União, o ajustamento dos desequilíbrios passará a fazer-se por via do aumento de desemprego e da compressão dos rendimentos".

[235] V. a propósito do Orçamento de Estado para 2013 MARTINS, Guilherme Waldemar de Oliveira, (2013:117), que assinalou "os efeitos contraccionistas da consolidação orçamental serão substancialmente maiores do que os políticos admitiram.". A evolução do PIB no primeiro semestre

Muitas vozes têm dito que o BCE estará já a fazer mais do que o mandato que lhe está atribuído, desde logo as vindas do Bundesbank e de certos sectores do pensamento económico[237].

Alegam, e o próprio BCE tem suportado esta visão, que o banco tem como objectivo único manter a inflação próxima dos 2%, isto é, estabilidade de preços e que qualquer outro objectivo lhe está vedado.

Este racional é muitas vezes invocado para explicar as diferenças entre as políticas mais agressivas no combate à crise da Reserva Federal Norte-Americana, do Banco de Inglaterra ou, mais recentemente, do Banco Central Japonês.

Nada mais errado, como uma leitura dos Tratados permite perceber. Desde logo, o BCE não tem um mandato único: tem um mandato primário (na redacção inglesa dos Tratados) ou primordial, na discutível versão portuguesa.

---

de 2013 e a revisão dos objectivos macro-económicos ao longo do primeiro semestre de 2013 vieram confirmar este entendimento.

[236] Cf. FERREIRA, Eduardo Paz, (2012:33): "os mais que insatisfatórios resultados das políticas de austeridade e rigor orçamental estão a reforçar a posição daqueles que entendem que uma maior integração da união é decisiva (…) as dificuldades de uma União Europeia à deriva exigirão para a sua ultrapassagem uma nova conceção sobre as finanças da união e o seu relacionamento com as finanças nacionais. Mas nem por ser óbvia esta afirmação parece ter mais possibilidade de vir a concretizar-se.".
Numa perspectiva algo diferente Cf. COUTINHO, Luís Pereira, "Os direitos sociais e a crise: algumas notas", *in* Direito & Política – Law & Politics, Diário de Bordo, Loures, 2012 e FREITAS, Tiago Fidalgo de, "O princípio da proibição de retrocesso social" Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

[237] Cf. o nosso "One size fits none" *in* "A Austeridade Mata? A Austeridade Cura?" (Organização FERREIRA, Eduardo Paz), Lisbon Law School Editions, Lisboa, 2013, pp. 1099 e ss. que acompanhamos de perto neste passo. Cf., ainda, FERREIRA, João Pateira, "Questões fundamentais da Constituição Monetária Europeia", Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Almedina, Coimbra. 2010.

Em qualquer caso, o que diz o Artigo 127.º n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é o seguinte:

*"O objectivo primordial do Sistema Europeu de Bancos Centrais, adiante designado «SEBC», é a manutenção da estabilidade dos preços."*

Primordial, ou primário indica, desde logo, que é um, e o principal, mas não o único. Aspecto que é reforçado pela continuação do mesmo artigo 127.º n.º 1 que esclarece:

*"Sem prejuízo do objectivo da estabilidade dos preços, o SEBC apoiará as políticas económicas gerais na União tendo em vista contribuir para a realização dos objectivos da União tal como se encontram definidos no artigo 3.o do Tratado da União Europeia."*

Literalmente, o que o tratado diz é que, desde que não se comprometa o objectivo de estabilidade de preços (no médio e longo prazo, acrescentamos nós) o BCE tem como mandato, não como opção que livremente exercerá, mas como uma obrigação que sobre ele impende, contribuir para a prossecução dos fins da União fixados no Artigo 3.º do Tratado da União Europeia.

O qual, por sua vez, dispõe (destaques nossos):

*"A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num* ***crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços****, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como* ***meta o pleno emprego e o progresso social*** *e num elevado nível*

*de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.*

*A União* ***combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais****, a igualdade entre homens e mulheres,* ***a solidariedade entre as gerações*** *e a protecção dos direitos da criança.*

***A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros."***

Ora no actual contexto, quer numa visão de curto prazo, quer numa visão de médio-longo prazo a Europa não enfrenta pressões inflacionistas. Pelo contrário, começam a ouvir-se vozes preocupadas com a deflação, e prudentemente preocupadas.

Se algum risco se tem de assumir é a possibilidade de termos um cenário de deflação com taxas de juro baixas, o tipo de ciclo vicioso em que o Japão esteve durante muitos anos.

Logo, se o objectivo primordial está atingido, o BCE não só pode como deve tentar contribuir para a realização dos demais objectivos.

Assim, uma política mais agressiva indexada, por exemplo, como fez recentemente a Reserva Federal Norte-americana, a um dado objectivo de baixa do desemprego é não só permitida como imposta pelos Tratados.

A sua independência do poder político, inspirada no modelo do Bundesbank alemão, é um dos elementos essenciais do modelo adoptado[238],

---

[238] Cf. LEITE, Rodrigo de Almeida, *A independência do Banco Central Europeu e o défice democrático na ordem institucional da União Europeia*, policopiado, Lisboa, 2005.

pretendendo-se que o principal objectivo da política prosseguida pelo BCE seja a estabilidade dos preços[239].

Existe, portanto, um organismo público (no caso, supranacional), dotado de independência[240] que assegura a estabilidade de preços. E que entende que o seu mandato termina aí (embora admita que a supervisão bancária ainda se inclui no mesmo).

Se todos os países participantes sofrerem um choque simultâneo, continuam a ser válidos os instrumentos tradicionais, sendo equacionáveis medidas cambiais e monetárias para contrariar o ciclo negativo e nesse caso o BCE poderia ser mais flexível.

O problema é que a definição desta política é feita para toda a zona euro (one size fits all), mas como as diferentes economias não estão a sofrer da mesma

---

[239] A relativa "colagem" do BCE ao Bundesbank torna-se evidente quando comparamos aspectos específicos da política monetária e cambial dos dois bancos. A título de exemplo, a meta de 2% de inflação/ano como correspondendo ao cumprimento do mandato de manutenção da estabilidade de preços não é uma novidade introduzida pelo BCE. De facto, o Bundesbank há muito que seguia esta política. V, nesta matéria, TULLIO, Giuseppe e BOERO, Gianna, "Currency Substitution and The Demand For Deutsche Marks Before and After the Fall of the Berlin Wall", *The Macroeconomics of International Currencies – Theory, Policy and Evidence*, direcção editorial de Paul Mizen e Eric J. Pentecost, Edward Elgar Publishing Company, Cheltenham, 1996, em especial as pp. 155 e ss.

[240] Confrontados com a questão teríamos de qualificar o BCE como uma Entidade Administrativa Independente Europeia. Mas ainda não – porquanto a normal acumulação de funções de supervisão e regulação dos mercados financeiros nos Bancos Centrais Nacionais não se estende, ainda, ao BCE – como uma Autoridade Administrativa Independente Europeia. Como refere MORAIS, Luís D. S., "O Banco Central Europeu e o seu Enquadramento no sistema institucional da União Europeia – algumas reflexões.", *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra Editora. Coimbra, 2000, p. 467: "...um determinado conjunto, ainda limitado, de funções típicas de supervisão prudencial constitui já um domínio de intervenção potencial do BCE que surge, de algum modo, como um prolongamento natural das suas funções de autoridade monetária."

forma os efeitos da crise, o Banco Central Europeu acaba a fixar os seus objectivos e interpretar restritivamente o seu mandato tendo em conta uma média onde preponderam as grandes economias do norte da Europa e, desde logo, a Alemanha, acabando por ter uma política que, em bom rigor, não é a ideal para nenhum dos estados-membros (one size fits none) embora seja claramente favorável às economias maiores[241].

Mais, como vimos, o BCE interpreta o seu próprio mandato em termos que são, pelo menos, discutíveis, e que em si mesmos contêm a protecção acrescida de alguns países e das suas preocupações em detrimento de outros.

Mas a sua independência significa que mesmo uma improvável maioria política não poderia forçar essa mudança. Por outro lado, o problema não está, como vimos, numa alteração aos Tratados.

Restará, porventura, o Tribunal de Justiça[242].

---

[241] Cf. KINSELLA, Stephen "Conventions and the European periphery.", Institute for New Economic Thinking (INET), Research Note 021, disponivel em http://ineteconomics.org/sites/inet.civicactions.net/files/Note-21-Kinsella.pdf: "The European periphery is qualitatively diferent from the core. This implies that a monetary and fiscal policy mix which benefits the core will not, by denition, benet the periphery except by coincident or accident.".

[242] Cf. GOEBEL, Roger J., "Court of Justice Oversight Over the European Central Bank: Delimiting the ECB's Constitutional Autonomy and Independence" in "The OLAF Judgment", Fordham International Law Journal, n.º 65, 2005 , disponível em http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol29/iss4/4.

# 4. As falhas de mercado

Se o mercado não obtém, por si só, a maximização do bem-estar social, é relativamente consensual na doutrina económica que tal se deve a alguma falha no seu funcionamento.

O que se pode questionar – e se questiona – é se essas falhas são alheias à natureza do mercado, isto é, excepcionais e temporárias, ou se lhe são intrínsecas.

Juízo esse que é determinante para avaliar se a reacção a essas falhas – normalmente sobre a forma de uma intervenção do Estado – deve ser vista como transitória e excepcional ou não.

A essas falhas de mercado correspondem características estruturais ou conjunturais que afastam a eficiência e comprometem uma adequada alocação de recursos, para além de terem (perspectiva menos explorada) potenciais custos sociais não despiciendos.

São inúmeras as situações em que se podem identificar falha de mercado[243]. São normalmente apontadas como situações potencialmente candidatas à qualificação como falhas de mercado:

---

[243] Cf. STIGLITZ, Joseph E., *Economics of the public sector*, 2.ª edição, W.W Norton & Company, 1986, p. 8: "Views on this subject are affected by how serious one considers the failures of the market to be and by how effective one believes the government can be remedying them.". Cf. ainda, quanto a este Capítulo, o nosso *A Regulação Económica como instrumento de (des)intervenção do Estado na Economia*, policopiado, Lisboa, 2005, que seguimos de perto na estrutura mas com importantes alterações quanto à perspectiva adoptada.

a) as situações de concorrência imperfeita[244];
b) as externalidades;
c) os bens públicos.

A estas acrescentaremos as flutuações macroeconómicas, menos frequentemente referidas, mas que nos parecem merecer ao menos uma referência sumária.

Tal como optámos por isolar as situações normalmente descritas como de *assimetria informativa* e que, pese embora surgirem muitas vezes como instrumentais de outras falhas de mercado (*v.g.* algumas situações de concorrência monopolística) não deixam de ter um papel autónomo.

Neste excurso naturalmente não exaustivo julgamos poder identificar que o número, variedade e prevalência das falhas de mercado são de molde a podermos concluir que a asserção de que o mercado de concorrência perfeita, com a sua eficiência produtiva maximizada e correspectiva produção de bem-estar social aos níveis mais elevados possíveis é pouco mais que quimérica.

De facto, como se verá *infra* as condições a preencher para se poder falar em concorrência perfeita são de tal molde exigentes e cumulativas que só em condições excepcionais poderemos considerar que nos aproximamos desse paradigma.

---

[244] Para uma visão abrangente destas matérias V. SILVA, Miguel Moura e, *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial,* Almedina, Coimbra, 2008 e, mais recentemente, MORAIS, Luís D. S., *Direito da concorrência: perspectivas do seu ensino*, Almedina, Coimbra, 2009.

Paradoxalmente, a constância de uma ou outra falha no funcionamento dos mercados vai levar a que poucas – ou mesmo nenhumas – sejam as situações em que é possível defender que o funcionamento do mercado não pode ser melhorado, mormente através de uma intervenção pública, naturalmente aferida e calibrada em função das necessidades que se entendam obter.

E mesmo que assim se não entendesse, a mera eficiência produtiva, como referimos já, não nos deve satisfazer, nomeadamente porque é cega quanto à eficiência alocativa, condição fundamental para o funcionamento de uma Economia ao serviço das pessoas.

Este é, aliás, um ponto central no nosso excurso. No âmbito da análise das falhas de mercado vamos estudar as situações em que ele se afasta da maximização do bem-estar social (eficiência produtiva) sem atender à forma como esse bem-estar social se distribui entre os cidadãos (eficiência alocativa).

Mas a realidade é bem mais complexa: mesmo admitindo que fosse possível atingir a eficiência produtiva seria discutível se esse era um bom resultado, se obtido à custa da eficiência alocativa. Evidentemente, o inverso é também verdade, uma vez que a mera existência de eficiência alocativa sem eficiência produtiva tem também efeitos perversos.

## 4.1 Concorrência imperfeita

Diz-se que são mercados de concorrência imperfeita aqueles em que inexiste uma ou mais das seguintes condições de concorrência perfeita ou *pura*[245]:

a) Existem muitos vendedores, e compradores, sendo que ninguém tem capacidade para, sozinho, influenciar o mecanismo de formação dos preços, isto é, não há *price-makers*;

b) Existe indiferenciação dos vários produtos transaccionados e todos os actores dispõem de informação completa e perfeita, obtida a custo zero (não existem custos de transacção);

c) A entrada e saída do mercado não tem custos apreciáveis e não existem outras barreiras à entrada ou à saída, (*v.g.*, obtenção de licenças ou autorizações administrativas);

d) Existe perfeita divisibilidade do produto.

Apesar de ser largamente discutível se o elenco de características apresentadas peca por excesso ou por defeito, existindo na literatura defensores de listagens mais ou menos restritivas, a verdade é que o modelo de concorrência

[245] Esta definição é, naturalmente, controversa, pelo que se opta por apresentar uma enumeração que contempla apenas os aspectos normalmente mais consensuais entre os vários autores.

perfeita “tem funções mais normativas que descritivas: é um tipo ideal que funciona como padrão de aferição de realidades”[246].

Basta verificar que os custos de transacção e obtenção de informação, por muito baixos que sejam, estão sempre presentes em qualquer interacção no mercado e têm, por si só, um efeito negativo quanto à eficiência produtiva.

A simples ausência de uma daquelas condições[247] não determina, *per se* que se emita um juízo de necessidade de qualquer intervenção correctora, ou sequer implica uma valoração de ineficiência automática[248].

Significa, o que já não é pouco, que esse mercado não está em concorrência perfeita, isto é, que não atinge sequer a eficiência produtiva total.

Face à impossibilidade objectiva de encontrar um qualquer mercado onde se reúnam as características da concorrência perfeita na sua plenitude, a doutrina económica aceita hoje como “suficientemente” concorrenciais mercados apenas marginalmente imperfeitos. Este juízo de suficiência respeita ao nível de eficiência produtiva alcançado.

---

[246] SANTOS, António Carlos dos et. al [2011:248].

[247] Quanto à falta de transparência v. *Infra*, o ponto 6.

[248] A própria eficiência da concorrência perfeita nos mercados em estejam em causa serviços públicos tem vindo a ser posta em causa, com interessantes argumentos a que não podemos, nesta sede, dar o destaque que gostaríamos. V. ARMSTRONG, Mark “Regulation and inefficient entry: economic analysis and the British Experience”, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, (eds, Giuliano Amato e Laraine L. Laudati), Edward Elgar, Cheltenham, 2001, p. 154: “another argument against competition is that it may undermine various politically desirable cross-subsidies built into the incumbent’s tariffs”.
Inversamente, com interesse, consulte-se PARETO, Vilfredo [1972:266]: “Free competition determines the coefficients of production in a way that assures maximum ophelimity.”.

O foco, actualmente, é mais no comportamento dos agentes e nos constrangimentos que eles enfrentam embora não se possam nem devam descartar as tradicionais questões estruturais do mercado, de que é exemplo paradigmático o monopólio natural (ao qual, por essa razão, se dará especial atenção).

Só adoptando uma visão estática e formalista se poderia concluir que os mercados que não possuem condições perfeitas de atomicidade, liberdade e fluidez requerem, por essa simples razão, qualquer intervenção correctiva do seu funcionamento[249].

Nos mercados fortemente concorrenciais em que se não verifiquem desvios há um potencial duplo ganho social[250], uma vez que permite evitar não apenas o custo (económico) da intervenção e controlo do mercado por parte das autoridades, como o custo (social e económico) que resultaria de falhas consistentes e duradouras no mercado[251].

---

[249] Para uma visão crítica do modelo de concorrência perfeita V. SAMUELSON, Paul Anthony [1963:78]: "If competition is "pure" in the commodity and factor markets, and the production function is homogeneous of the first order (…). Unit costs being constant, and demand being horizontal, there are three possibilities: price being everywhere greater than marginal cost, it will pay the firm to expand indefinitely, i.e., until competition ceases to be pure, or if price is less than marginal cost, no output will be produced; or finally, if price is identically equal to marginal cost, the exact output of the firm will be a matter of indifference. Thus, what was usually regarded as the most favourable case for pure competition turns out to yield indeterminate output for each firm.".

[250] GERARDIN, Damien [2000:5]: "Competitions is indeed believed to be the best allocator of resources and the most efficient means of providing for technological and commercial innovation, as well as consumer satisfaction.".

[251] Cf. VANZETTI, Adriano e Vincenzo Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milão, 2000, p.488: "è il sistema più conveniente per il consumatore, perché garantisce la massima possibilità di scelta di beni, mantenendo, allo stesso tempo, i prezzi al livello piú basso possibile. Per altro verso, la competizione tra i produttori funge da stimolo al progresso tecnico, che si traduce in ulteriori vantaggi per i consumatori. … si rivela, inoltre, rispettoso di alcuni valori non economici che i paesi occidentali hanno sempre stimato importanti, e che sono alla base anche delee loro opzioni fondamentali do ordine culturale e politico. In primo luogo, … rispetta i valori

Importa, neste momento, caracterizar algumas das situações mais comuns de concorrência imperfeita.

### 4.1.1 Oligopólios

Falamos de oligopólio ou oligopsónio, por exemplo, quando num mercado existe algum grau de concorrência, mas existem apenas algumas empresas concorrentes (ou um número limitado de compradores).

Nestes mercados existe ainda um processo competitivo que é, naturalmente, substancialmente afectado pelo facto de existir um número limitado de intervenientes[252].

Esse processo competitivo caracteriza-se por uma acentuada interdependência dos sujeitos económicos e, especialmente, por uma maior

---

della diversità e della molteplicità, garantendo a tutti di proporre la propria presenza come sogetti economici. Inoltro, esso offre una distribuzione egualitaria delle opportunità, consentendo a titti in termini indifferenziati di giocare le proprie carte sul mercato. Ancora, …favorisce il controllo del potere economico, evitandone la concentrazione, e mantenendolo "distribuito"; ciascun operatore, avendo un peso economico basso, avrà minori occasioni di traturre il potere economico in potere politico (l'utilizzazione sul piano politico del potere economico è stata sempre considerata pericolosa, anche perché il potere politico consente poi sicuri ritorni di ordine economico).".

[252] Criticamente V. CAVES, Richard, *American Industry: structure, conduct, performance*, 6.ª Edição, Prenctice-Hall, New Jersey, 1987, p. 7 refere que o oligopólio "usually defined as 'few' sellers occupying the market, covers everything else. (Since 'few' includes all markets lying between 'one' and 'many', it surely has a large territory to itself).".

consciência dessa mesma interdependência[253], o que tem influência nos mecanismos de fixação dos preços e do nível de produção[254].

Essa interdependência leva a que as decisões de cada agente económico se pautem por ter em linha de conta já não exclusivamente as considerações sobre o seu nível óptimo de produção e preço mais competitivo, mas tendo em linha de conta a possível e previsível acção ou reacção dos produtores (ou compradores, em caso de oligopsónio) concorrentes.

O número limitado de participantes no mercado e, especialmente, as consequências que essa característica tem na forma como definem o seu comportamento torna úteis raciocínios próprios da chamada "teoria dos jogos" para melhor interpretar e compreender a forma como esta característica afecta a fixação de preços ou quantidades produzidas.

Numa visão estática pode ver-se esta situação como próxima do clássico "dilema do prisioneiro" duas empresas oligopolistas (o modelo é extensível a mais actores) podem optar por um modelo de *cooperação*, em que ambas têm um ganho limitado face a uma situação de concorrência perfeita ou de *competição*, em

---

[253] Cf. SCHERER, F. M. e David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3.ª Edição, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990, p. 226, quando afirmam:: "Any realistic theory of oligopoly must take as point of departure the fact that when market concentration is high (...) the firms involved can scarcely avoid recognising their mutual interdependence.".

[254] Para uma mais completa caracterização do funcionamento dos mercados oligopolistas V., por exemplo, BISHOP, Simon e Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement,* Sweet & Maxwell, Londres, 2002, p. 28 e ss., HAY, George A. e Gregory J. Werden, "Horizontal Mergers: Law, Policy, and Economics", *American Economic Review*, Ano 83, Vol. 2, 1993, pág. 173 e ss. e MARTIN, Stephen, *Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy*, 2.ª Edição, Macmillan Publishing Company, Nova Iorque, págs. 118 e ss. e KELLER, Edmund R., "The Problem with Oligopoly is the Price", *Antitrust Law & Economics Review*, Ano 9, n.º 2.

que uma delas se conseguirá aproximar-se da renda monopolista e a outra perderá esse mesmo valor.

Em ambos os casos existe ainda uma transferência de excedente do consumidor para os produtores, fruto do seu poder de mercado.

A realidade é, naturalmente, mais complexa, e o dilema do prisioneiro não lhe dá, por si só, resposta[255].

Não só num mercado oligopolista os actores podem ser mais de dois, como existem necessariamente comunicações entre eles, senão directas através de elementos externos (como o próprio preço), característica essa marcadamente ausente na formulação teórica do dilema do prisioneiro.

Outra diferença de monta é que, ao contrário do que acontece no dilema do prisioneiro, não existe uma visão estática das decisões, porquanto as interacções se repetirão, num horizonte temporal infinito[256] o que obriga a ter em conta (e os agentes económicos fá-lo-ão) as condutas anteriores e as reacções que a elas se obtiveram.

A fixação de preços e níveis de produção é, portanto, um "jogo" que envolve aspectos de coordenação (expressa ou tácita), e de reacção ao comportamento da contraparte.

---

[255] Cf. ARAÚJO, Fernando [2012:370].

[256] Ou melhor, incerto. Simplesmente, se o horizonte temporal é incerto, para efeitos da decisão de cada um dos agentes económico, tal equivale a um horizonte temporal infinito.

O que nos leva de volta a este princípio fundamental: os oligopólios podem ser concorrenciais (quando as partes tentam maximizar o seu benefício à custa dos rendimentos das outras) ou cooperativos (quando as partes acordam nos níveis de preço e produção e conseguem manter esse acordo)[257].

De notar que, quanto maior o número de intervenientes e as disparidades entre o lucro bruto (preço*nível de produção) obtido pela existência do acordo, e o lucro possível com o incumprimento do mesmo, maior a probabilidade de o mercado se reequilibrar por ruptura da coordenação.

Aliás, os oligopólios cooperativos (também conhecidos como cartéis), ao constituírem uma prática proibida contêm uma fraqueza genética.

Não existe possibilidade de obter, à luz da lei, qualquer sanção para o oportunista que rompe o cartel. Pelo contrário, em muitos ordenamentos jurídicos, e no português também, o membro do cartel que o denuncie e providencie elementos relevantes para a investigação pode ser parcial ou totalmente isento do pagamento das coimas respectivas.

Excepto, naturalmente, retaliando com comparáveis reduções de preço ou aumentos de produção. O que beneficia os consumidores e tem um custo quase tão grande para quem está a tentar punir o oportunista como para este.

---

[257] Sendo díficil a destrinça entre concertação e redes de empresas. V. MARQUES, Maria Manuel Leitão, "As redes de empresas: um desafio ao direito da concorrência", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

Em suma, e porque os mercados oligopolistas são, para nós, uma realidade marginal, parece seguro concluir que, pese embora *"[w]hen certain market conditions are met, oligopolistic interdependence can translate into anti-competitive high pricing, maximising profits for each competitor"*[258] *não é menos verdade que "[t]he oligopolistic interdependence theory, however, is not equally valid for all oligopolistic markets"*[259].

Face à incerteza de que o mercado oligopolista se venha a afastar de resultados próximos da maximização do bem-estar social não se justifica, neste caso, uma intervenção do Estado com o carácter permanente e estrutural que atribuímos à regulação económica[260].

Ela tem, ademais, efeitos potencialmente perversos, pois a regulação económica pode, na prática, limitar ainda mais o normal funcionamento dos mecanismos de concorrência, gerando perdas de bem-estar social[261].

---

[258] V. STROUX, Sigrid, "Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?", *World Competition*, Ano 23, n.º 1, 2000, pág. 5.

[259] STROUX, Sigrid [2000:5].

[260] Associada à questão dos oligopólios foi avançado mais recentemente o conceito de "workable competition", no sentido de concorrência praticável ou "concorrência possível").
A noção de *workable competition* não exclui a desigualdade das empresas no mercado, nem a influência assimétrica exercida por unidades dominantes.
Simplesmente, ao retirar o foco da estrutura apenas para ter ainda em conta a conduta e o resultado – à semelhança do que temos vindo a defender nas páginas anteriores – considera que os resultados para a política de concorrência de um mercado oligopolista *não coordenado* não são necessariamente merecedores de intervenção pública.

[261] Cfr., a propósito de um mercado claramente oligopolista, no caso, o dos transporte aéreo nos Estados Unidos da América, CABRAL, Nazaré da Costa, "O princípio de desregulação e o sector bancário", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, FDUL, Lisboa, 1997, p. 421: "Designadamente, nos transportes aéreos, a desregulação, no caso americano, justifica-se pela natureza competitiva da própria indústria, contrariamente ao que se julgara e defendera. Verificou-se ainda as entidades reguladoras haviam obstado a que as empresas mais eficientes tirassem partido dessa eficiência. Demonstrou-se, finalmente, que os riscos de "concorrência excessiva" ou de práticas predatórias, afinal, aí se não verificavam.".

Isto não significa que não exista um papel para o Estado quando se verifique a cartelização do mercado oligopolista[262]. Simplesmente, a intervenção deverá ser, nesse caso, pontual e *a posteriori*, limitando-se a impedir que se atinjam os efeitos pretendidos com o cartel[263].

É uma tarefa típica das autoridades de defesa da concorrência que asseguram aquilo a que alguns chamam *regulação transversal*, porque extensível a todo o espectro económico, por oposição[264] à regulação económica, normalmente associada a modelos de regulação sectorial dedicada, que incide sobre um só mercado (ou conjuntos de mercados conexos).

Embora se trate, neste tipo de situações, de regulação da economia não se trata de regulação económica na acepção que perfilhamos, até porque se não visa, com uma intervenção deste tipo, levada a cabo por uma autoridade com competências transversais, "disciplinar uma determinada actividade económica considerada isoladamente"[265].

---

[262] Neste sentido V. BROCARD, Lucien [1934 :312] "Mais il y a des positions intermédiaires, de plus en plus nombreuses, entre le monopole et la concurrence, qui requièrent une intervention de l'Etat. (...)".

[263] V., neste particular, Morais, Luís D. S., *Os conceitos de objecto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Almedina, Coimbra, 2009, em especial pp. 64 e ss.

[264] De facto, "regulation and antitrust represent alternative responses to perceived market failures." (Cf. SPULBER, Daniel F., *Regulation and Markets*, 2.ª Edição, MIT Press, Cambridge, 1989, p. 624).

[265] Cf.FERREIRA, Eduardo Paz [2003:400], já citado.

O mesmo tipo de raciocínio é extensível aos mercados onde exista um monopólio que resulte do funcionamento dos próprios mecanismos de mercado e que não seja um monopólio natural[266], de que trataremos de seguida.

### 4.1.2 Monopólios

A perda de eficiência muitas vezes associada a uma estrutura monopolista decorre da *possibilidade* de aquele poder aumentar o preço a um nível significativamente superior ao custo marginal e, por este meio, não só obter lucros extraordinários – a chamada renda do monopolista[267] – mas provocar ainda perdas absolutas de bem-estar, ao negar o consumo do bem a uma quantidade de consumidores que estariam dispostos a pagar o custo marginal[268].

---

[266]Cf. FRIEDMAN, Lee S., *The Microeconomics of Public Choice Analysis*, Princeton University Press, Princeton, 2002, p. 595: "Public policy intervention is traditional with natural monopolies and not as common nor as extensive in oligopolies".
No mesmo sentido consulte-se FRIEDMAN, Lee S. [2002:660]: "Oligopoly is generally regulated through application of antitrust laws (…) while natural monopoly is generally regulated through some form of continuing public oversight."

[267] Que consiste numa transferência de excedente do consumidor para o excedente do produtor e que, por si só, não tivesse associada a exclusão de consumos, significaria tão só uma redistribuição de excedente e não uma perda absoluta de bem-estar. Geralmente não é este o caso. Neste sentido V. ARAÚJO, Fernando [2012:349]: "Em suma, a simples verificação de lucros extraordinários para o monopolista não afecta, por si só, a *eficiência* na produção do bem-estar social, embora possa afectar a *justiça* na repartição das riquezas. Se o bem-estar total é o somatório dos excedentes do consumidor e do produtor, mesmo a hipótese extrema de esgotamento do bem-estar do consumidor pode não significar diminuição do bem-estar total do produtor – como veremos ser possível através do recurso do monopolista à "discriminação dos preços".

[268] Cf. PIRAINO, Thomas A., Jr., "Identifying Monopolists' Illegal Conduct Under The Sherman Act", *New York University Law Review*, n.º 75, Volume 4, 2000, p. 814: "…a 'deadweight loss' occurs in monopoly markets because a monopolist has the ability to unilaterally reduce output in order to increase prices. Since the monopolist makes no profit on the output it does not produce, a portion of the wealth taken away from consumers is not transferred to the monopolist, but is simply 'lost'".
V. ainda, sobre este aspecto ARAÚJO, Fernando [2012:348]: "Assim sendo, conclui-se que o monopolista maximizador de lucros não assegura a maximização do bem-estar social, sendo que produz uma quantidade inferior à socialmente eficiente – ou, o mesmo é dizer, vende a preços

A palavra operativa nesta situação é *possibilidade*. Embora tal possa acontecer em determinadas circunstâncias não é claro que o facto de, em tese, ou *potencialmente*, o monopolista ter o poder de controlar preços e provocar danos nos seus competidores, significar automaticamente que tal acontecerá[269].

O mesmo se aplica a outras ineficiências normalmente apontadas aos mercados monopolistas, como sejam o *rent-seeking*[270]..

O que não se refere, normalmente, é que o *rent-seeking* pode acontecer e acontece mesmo em mercados não monopolistas, e talvez até principalmente

---

ineficientemente elevados, preços que, estando muito acima do custo marginal, vedam a possibilidade de produção da quantidade socialmente eficiente. Também aqui é possível detectar-se, pois, uma perda absoluta de bem-estar, uma perda de eficiência, que não aproveita a ninguém – a nossa já conhecida "*deadweight loss".*

[269] Curiosamente, numa fase embrionária da aplicação do *Sherman Act* a eliminação da competição excessiva era apresentada como justificação para operações de concentração. V. AMATO, Giuliano [1997:102]: "It should finally be borne in mind that many of the concentrations and restrictive agreements that then fell under the attention of the antitrust politics were the ultimate outcome of bloody competitive wars, and presented as their sole grounds of efficiency the elimination of the "destructive effects" of competition itself.".

[270] Cf. GWARTNEY, James D. et. al, *Economics – Private and Public Choice*, 9.ª Edição, Dryden Press/Harcourt College Publishers, Fort Worth, 2000, p. 154: "rent seeking is the term used by economist when referring to actions taken by individuals and groups seeking to use the political process to plunder the wealth of others.".
Cf., ainda, POSNER, Richard A., "The social costs of monopoly and regulation", *The economic analysis of rent seeking*, The International Library of Critical Writing in Economics, Cheltenham, 1995, p. 371:"Rent Seeking involves social waste. Resources that could otherwise be devoted to value-producing activity are engaged in competition effort that determines nothing other than the distributive results.".

nestes, entendido na sua dimensão de alocação de recursos para obter ou reforçar (e já não para manter) um determinado nível de poder de mercado[271].

Mesmo em mercados conceptuais de concorrência perfeita será de esperar algum investimento de recursos no aumento relativo da quota de mercado.

Ora, neste contexto, fácil é deduzir que o *rent-seeking* não só não é um problema exclusivo dos mercados monopolistas como, com toda a probabilidade, faz parte do próprio processo competitivo[272].

Mais, na medida em que o esforço de criação, reforço ou manutenção da posição dominante se faça através, por exemplo, de investimento em novos métodos produtivos, procura de economias de escala, redução de custos, aumento da produção, entre outros mecanismos, não existe nenhum elemento intrinsecamente ineficiente em tal actividade.

De facto, o *rent-seeking* que se traduz em ineficiências produtivas é tão-somente aquele que é considerado um abuso de posição dominante, como sejam os acordos restritivos, os preços predatórios, entre outros.

Nesta situação particular soma-se à incerteza quanto à adopção da conduta em causa pelo monopolista a certeza de que tal conduta não é típica nem exclusiva

---

[271] Segundo PIRAINO, Thomas A. JR. (2000: 814-815): "[f]irms are willing to spend a certain amount of resources to obtain, maintain, or expand a monopoly. A large amount of such rent-seeking is inefficient and represents a waste [of] resources.".

[272] POSNER, Richard A., *The social costs of monopoly and regulation*, "Journal Political Economy", vol. 83, n.º 4, *in The Foundations of Regulatory Economics,* vol. II, (eds. Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, 1975, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998, p. 809: "Obtaining a monopoly is itself a competitive activity, so that, at the margin, the costs of obtaining a monopoly is exactly equal to the expected profit of being a monopolist.".

deste tipo de mercados, embora se reconheça que, atendendo à dimensão dos ganhos em causa, possa existir um incentivo adicional a este tipo de práticas, mais nos casos em que existe uma maior margem de progressão na quota de mercado (isto é, paradoxalmente, quando o mercado esteja mais atomizado).

Veja-se o caso das chamadas *"winner-take all industries"*, caracterizadas por serem indústrias de tecnologia de ponta onde o efeito novidade é particularmente importante e, em regra, a primeira empresa a comercializar uma inovação obtém a maior quota de mercado.

A actividade de *rent-seeeking* passa, nestas indústrias, pelo investimento em inovação[273]. Ora associar tal actividade a perdas de bem-estar social é, no mínimo, forçado.

Este raciocínio põe também em causa outra pecha normalmente apontada aos mercados monopolistas: a falta de incentivo à inovação, gerada pela ausência de concorrência.

Se é verdade que, em determinadas circunstâncias, um monopolista pode sentir com menos veemência a necessidade de investir em inovação, atendendo a que não está a disputar o mercado com nenhum outro concorrente[274], é necessário ter em conta outros factores.

---

[273] PIRAINO, Thomas A. JR. (2000: 817) refere que: "[l]ike purchasers of lottery tickets, companies seem even more eager to compete when they know the winner takes all. Instead of competing on price, they compete by innovating, and trying to leapfrog old technologies.".

[274] WISH, Richard, *Competition Law*, 5.ª Edição, Lexis Nexis, Butterworths, 2003, p. 5: "Furthermore the monopolist may not feel the need to innovate, because he does not experience the constant pressure to go on attracting custom by offering better, more advanced, products.".

Em primeiro lugar, e como vimos, o monopolista pode continuar a investir em inovação como forma de garantir a sua posição enquanto tal e continuar a recolher as vantagens da mesma – *rent-seeking*.

Em segundo lugar, e atendendo à teoria dos mercados contestáveis, o monopolista pode investir como forma de desincentivar potenciais concorrentes a entrarem no mercado, mantendo a vantagem competitiva que lhe permitiu originalmente obter a sua posição de predominância.

Em terceiro lugar é necessário ter em conta que o monopolista, pela sua especial posição, e porque beneficia ao máximo da totalidade das economias de escala obteníveis num dado mercado dispõe de mais recursos financeiros para investir.

Existem mesmo casos em que a eficiência produtiva gerada pela situação de monopólio é condição para o bom funcionamento do mesmo do ponto de vista do consumidor, tanto em termos de preço como de benefício obtido com o consumo.

É o caso das chamadas *network industries*, em que o valor de um produto é relacionado positivamente com o número de pessoas que o usa. Importa ainda ter presente que a ausência de concorrentes não equivale à ausência de pressões concorrenciais.

É preciso ter em contas as situações de concorrência monopolística[275] e ainda a existência daquilo a que a doutrina designa por "mercados contestáveis"[276].

Esta teoria procura examinar as condições nas quais um mercado monopolístico (aplicando-se também o raciocínio a mercados oligopolistas não coordenados) pode apresentar um desempenho de tipo concorrencial[277].

Tal desempenho de tipo concorrencial, avaliado do ponto de vista quer dos preços quer dos custos, é influenciado apenas pela potencial entrada no mercado de um ou mais concorrentes[278]. A tese subjacente é a de que o poder de monopólio não é ilimitado[279].

---

[275] V. ARAÚJO, Fernando [2012:391]: "Como os produtores em concorrência monopolística não dispõem normalmente de poder de mercado, não conseguindo ameaçar-se uns aos outros, nem tendo que recear as atitudes e reacções uns dos outros, não é de esperar a formação de coligações, por um lado, nem de guerras devastadoras, por outro.".

[276] WISH, Richard [2003:15]: "the theory of contestability suggests, for example, that the existence within the air transport sector of only a few airlines need not have adverse economics effects provided that conditions for entry and exit to and from the market are not disadvantageous.". Cf. ainda BAUMOL, William J., John C. Panzar e Robert D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt College Publishers, Nova Iorque, 1982.

[277] Nas palavras de BRENNAN, Timothy J. "Entry and Welfare Loss in Regulated Industries", *Competition and the Regulation of Utilities*, (ed. Michael A. Crew), Kluwer Academic Publishers, Boston, 1991, p. 143: "Contestability has generated a considerable follow-on literature (…), by its implication that one need not bother with either complex oligopoly game theory to understand concentrated markets or undertake economic regulation to control them.".

[278] Cepticamente V. STIGLITZ, Joseph E., *Economics*, 2.ª edição, W.W Norton & Company, 1997, p. 397: "Most economists are not sanguine about the effectiveness of potential, as opposed to actual, competition. As we saw (…) potential competition has not be able to keep airlines prices down in those markets in which actual competition is limited to one or two carriers. (…)".

[279] Cf. JOHR, Walter Adolf, *Fundamentos teóricos de la política económica – Libertad Económica y Competencia*, (trad. de Dr. Uros Basic), Libreria El Ateneo Editorial, Madrid, 1958, p. 146: "...un

Nestas situações inexiste a necessidade de reduzir a estrutura à condição atomística da concorrência perfeita para se obter uma maximização do bem-estar social[280].

Para que a entrada potencial seja suficientemente credível e provável, e para que o mercado aja como se a mesma existisse é necessário que se verifiquem várias condições cumulativas, das quais se destacarão:

a. a ausência de barreiras à entrada, incluindo a desnecessidade de grandes investimentos iniciais (*sunk costs*) o que se relaciona directamente com a possibilidade de a saída do mercado se fazer sem custos significativos;

b. a capacidade do novo concorrente rapidamente obter uma estrutura de custos – variáveis – idêntica à do produtor instalado[281].

Este último aspecto prende-se ainda com a capacidade de as empresas instaladas reagirem com rapidez à entrada através de uma baixa de preços.

Sempre que tal possibilidade possa ser concretizada num espaço de tempo inferior ao da obtenção de uma estrutura de custos variáveis comparável por parte

---

simple reflexión señala que el "poder" de le monopolista debe tener un límite, pues no hay mercadería alguna que no esté en competencia con otras, ya sean éstas verdaderos sustitos, o se trate del conjunto de todos los demás bienes.".

[280] Cf. BISHOP, Simon [2002:61]: "Broadly speaking, the legal use of the term contestable applies to those markets in which potential competition is said to exert a significant competitive constraint on the behaviour incumbent firms".

[281] O que implica a possibilidade de o novo concorrente aceder rapidamente à informação, tecnologias, métodos de produção e fontes de abastecimento do concorrente instalado.

do novo concorrente[282] por remoção do lucro excessivo a contestabilidade do mercado é largamente afectada.

Assim, e em tese, um mercado contestável tende a comportar-se como um mercado de concorrência perfeita[283].

A afirmação é tão mais verdade quanto algumas das críticas que se aplicam ao modelo de concorrência perfeita se podem também aplicar à teoria dos mercados contestáveis.

De facto, e na prática, serão poucos – se alguns – os mercados em que coexistam a totalidade das condições requeridas para *a contestabilidade perfeita*.

A coexistência de liberdade de entrada e saída e da impossibilidade de retaliação por via dos preços em tempo útil são, de facto, dificilmente verificáveis na sua totalidade.

---

[282] Isto porque se a reacção implicar preços inferiores aos custos variáveis médios cairá, em princípio, na proibição legal de preços predatórios, segundo o muito conhecido Areeda-Turner Test (AREEDA, Phil and Don Turner, "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act" *Harvard Law Review*, n.º 88, 1975).
A questão dos preços predatórios, claramente fora do escopo deste trabalho, apresenta especificidades e complexidades que se omitem a contra gosto. Cumpre apenas salientar que a aplicação do *Areeda-Turner Test* tem vindo a ser posta em causa por não permitir, em certas situações, distinguir comportamentos competitivos (*v.g.*, no caso de venda de bens perecíveis, tecnologicamente desactualizados, entre outras situações) de comportamentos anti-competitivos e que se tem debatido se a possibilidade de recuperação das perdas resultantes da prática de preços predatórios deve ou não ser um factor de apreciação da prática como anti-concorrencial. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem já alguma jurisprudência sobre a matéria, tendo vindo a pronunciar-se contra a inclusão deste último critério.

[283] V. BISHOP, Simon et. al [2002:59], "[Indeed], the constraints posed by entry, or just the potential for entry, can in certain circumstances prevent even firms which enjoy very high market shares from exercising market power.".

Contudo, é necessário ter em conta que mesmo uma "contestabilidade" limitada ou mitigada pode moderar o monopolista (ou o oligopolista) na sua conduta quanto a preços[284], investimento em inovação[285], definição da quantidade produzida, entre outros factores, tornando mais eficiente do ponto de vista da maximização do bem-estar social do que normalmente se pretende fazer crer.

Por fim, e como já aflorámos, nos mercados em que existem sensíveis economias de escala os monopolistas podem reduzir os seus custos paralelamente ao aumento da sua produção[286], pelo que nem sempre a existência de monopólios se reflecte em um aumento dos preços[287].

Podendo mesmo ter efeitos benéficos quer para os consumidores, nomeadamente em termos de preços, quer em termos de promoção da competitividade internacional da economia nacional.

---

[284] A diferença entre as duas situações é muito atenuada na posição de PIGOU, A. C., *Simple Monopoly - The Economics Welfare*, 4.ª edição, Macmillan, Londres, republicado *in Welfare Economics*, vol. II, 1958, (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001, p. 456: "A CONDITION of simple monopoly exits when a single seller only is exercising monopolistic power - whether or not there are other sellers in the market who accept the price fixed by third seller.".

[285] Situação que pode colocar problemas próprios. V. MONTEIRO, Luís Pinto, *A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual no direito da concorrência*, Almedina, Coimbra, 2010 e SILVA, Miguel Moura e, *O abuso de posição dominante na nova economia*, Almedina, Lisboa, 2010.

[286] Neste sentido, DEMSETZ, Harold, "The Trust Upon Which Antitrust Stands", *Antitrust Law Journal*, n.º 46, 1977, escreve, a p. 821 "[m]y studies indicate that large firms in concentrated industries have lower cost than medium and small firms in those industries…".

[287] Cf. PIRAINO, Thomas A. JR. [2000:816]: "In some cases, monopolies actually make price reductions more likely.".

Sendo muitas vezes o monopólio meramente "a reflection of a firm's ability to meet consumer demand"[288] nada permite, tal como já anteriormente defendemos no caso dos mercados oligopolistas, que se sustente a necessidade de regulação económica na percepção que perfilhamos,[289] face à mera presença de um monopólio[290].

Também aqui se deverá o Estado bastar com uma intervenção pontual *ex post* que deve ser individual e objectivamente justificada por um desvio sensível ao desiderato da maximização do bem-estar social.

Salvo[291], situação a que se dará atenção mais demorada, aos monopólios naturais.

### 4.1.3 Monopólios Naturais

O traço distintivo dos monopólios naturais em relação às demais situações de concorrência imperfeita passa pela presença de duas características peculiares, porquanto o monopolista natural é capaz:

---

[288] Cf. PIRAINO, Thomas A., JR. [2000: 818].

[289] Neste sentido V. DEMSETZ, Harold, *Why regulate utilities?*, "Journal of Law and Economics", vol. XI, 1968 republicado *in The Foundations of Regulatory Economics,* vol.II, (eds. Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998: "At this juncture, it should be emphasized that I have argued, not that regulatory commissions are undesirable, but that economic theory does not, at present, provide a justification for commissions insofar as they based on the belief that observed concentration and monopoly price bear any necessary relationship.".

[290] Diferentemente V. GERARDIN, Damien [2000:10]: "Controlling market power has always been the core objective of *economic regulation*."

[291] Apresentando a mesma ressalva ARAÚJO, Fernando [2012:415].

a) De obter um nível de produção que permite saturar toda a procura e, simultaneamente;

b) E, simultaneamente, consegue-o com custos médios que ainda são descendentes no momento em que a curva da produção intersecciona a curva da procura, saturando o mercado.

A definição que referimos corresponde, com ligeiros cambiantes de linguagem, à normalmente utilizada pelos autores[292] que se debruçam sobre a problemática dos monopólios naturais, podendo ser considerada sucedânea da afirmação de que existe um monopólio natural quando um produtor consegue satisfazer toda a procura a um custo inferior ao que resultaria da presença de dois produtores.

Aquele que é talvez o elemento mais distintivo do monopólio natural por referência a qualquer outro é que, nesta situação, a existência de um monopólio é a única forma de assegurar um nível de eficiência económica socialmente desejável, ao invés do que acontece com outros tipos de monopólios em que se podem gerar ineficiências do ponto de vista do bem-estar social[293].

---

[292] POSNER, Richard, [1999:173]: "If the entire demand within a relevant market cab be satisfied at the lowest cost by one firm rather than by two or more, the market is a natural monopoly"; VISCUSI, W. Kip, et al, (1998), p. 351: "An industry is a natural monopoly if the production of a particular good or service by a firm minimizes cost."; AA.VV., *Encyclopedia of Law and Economics,* 2000, p. 654: "A natural monopoly exists in an industry where a single firm can produce output such as to supply the market at a lower per unit-cost than can two or more firms."; BARNES, David W. e STOUT, Lynn A., *Cases and Materials on Law and Economics*, reimpressão, West Group, Minnesota, 1998, p. 394 colocam a questão em termos ligeiramente diversos mas com o mesmo sentido "Where demand is insufficient to purchase the output of more than one efficient producer, the market is described as a natural monopoly".

[293] ARAÚJO, Fernando [2012:353]. «Note-se que esta solução é especialmente adequada para se lidar com os monopólios naturais – pois aí a alternativa de se lhes reduzir a dimensão não pode

Por isso se pode afirmar, com clareza, que as regras destinadas a prevenir os abusos de posição monopolista no geral não têm aplicação evidente nos casos em que o monopólio seja um monopólio natural[294], seja por inaplicabilidade[295], seja por ineficiência[296]. Mais, num mercado que seja um monopólio natural, e mesmo sem recurso a condutas abusivas, o resultado normal será, a prazo, a subsistência de apenas uma das empresas[297].

---

deixar, por definição, de se traduzir em perdas de eficiência. Nada se ganha, aparentemente, em combater-se um monopólio natural: tudo está em evitar que os preços praticados pelo monopolista natural cresçam para lá de um limiar de preservação do bem-estar social. ".

[294] SUSTEIN, Cass R., "The Functions of Regulatory Statutes", *Regulation, Economics and the Law*, ed. Anthony L. Ogus, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2001, p. 4, perfilha este entendimento ao afirmar: "Legal controls on monopolistic behavior are a poor solution when there is a natural monopoly (…)".

[295] Cf. WISH, Richard [2003:15], algo diversamente, sugere que existe aqui um juízo de oportunidade: "As well as the complexity of introducing competition into markets that might be regarded as natural monopolies, it is possible that social or political value-judgments may lead to the conclusion that competition is inappropriate in particular economic sectors.".

[296] Ou seja, a não contestabilidade é perfeita. Um monopolista natural – que verdadeiramente o seja - não praticará preços predatórios para impedir entradas no mercado; por outro lado, a imposição de medidas estruturais de desmantelamento não conduz a um resultado eficiente (quanto ao produto ou serviço em situação de monopólio natural e já não, naturalmente, quanto a outros serviços ou produtos produzidos pelo monopolista natural).
V., sobre este aspecto DENIS-JUDICIS, Xavier e Jean-Pierre Petit, *Les privatisations*, Editions Montchrestien, Paris, 1998, p. 35 e ss, em especial p. 38 onde afirmam: "le devélopment de la théorie des marchés contestables a eu pour conséquence de perfectionner la notion de concurrence et, conjointement, de limiter la notion de monopole naturel. ".

[297] Cf. HARRISON, Jeffrey L., *Law and Economics – in a nutshell*, West Publishing Co., Minnesota, 1998, p. 221: "The structure is called a natural monopoly, because if the market were unregulated it would evolve to the point at which only one firm survived.".

Desta circunstância decorre a importância fundamental de que se reveste a distinção entre este tipo de monopólios e os restantes: é que as características não são as mesmas e os "remedies" a utilizar terão de ser diferentes[298].

A concorrência não é, portanto, uma fonte de eficiência produtiva nos sectores em que existam monopólios naturais, ao contrário do que acontece na generalidade dos mercados[299].

Os autores apontam várias circunstâncias que podem determinar a existência de um monopólio natural, podendo num dado caso concorrer uma ou mais dessas circunstâncias, sendo que, em síntese, se pode dizer que os monopólios naturais podem resultar: da exiguidade da procura; de economias de escala; da estrutura de custos de um dado sector.

No primeiro caso podemos conceber como monopólio natural, por exemplo, um quiosque de venda de títulos de transporte. De facto, tendo o quiosque capacidade para absorver toda a procura existe um monopólio natural. A existência de um segundo quiosque com os seus custos de investimento e operação seria ineficiente.

Contudo, este tipo de monopólio natural tende a ser temporário. Percebe-se porquê e aconteceu inúmeras vezes no passado. Com o crescimento do número de pessoas ou com o aparecimento de bairros periféricos que introduzam o factor

---

[298] O que justifica a afirmação de BOSCHECK, Ralf, "The nature of regulatory contracts: the case of the water industry in England & Wales", *World Competition*, Dordrecht, 2002, p. 307 de que: "Natural monopolies challenge regulatory authority by combining and efficient industry structure with likely inefficient, monopolistic behaviour.".

[299] POSNER, Richard [1999:1] afirma mesmo que: "if such a market contains more than one firm (…) competition is [either] short-lived (…) [or] produces inefficient results." Para concluir que "competiton is not a viable regulatory mechanism under conditions of natural monopoly.".

deslocação na escolha de compra, pode facilmente surgir procura adicional que justifique a presença de mais fornecedores caso em que o mercado deixa de ser um monopólio natural, ainda que esses fornecedores não existam de facto.

Estas são, portanto, monopólios naturais maioritariamente temporários, excepto nos mercados em que a procura tende a decrescer ao invés de crescer, caso em que serão cada vez mais monopólios naturais.

No segundo caso podemos conceber como monopólio natural uma empresa de distribuição de publicações diárias que não só tenha a capacidade de esgotar a procura como consegue praticar preços baixos porque o nível de economias de escala é muito grande[300].

Enquanto a procura não exceder a capacidade do produtor de a absorver por meio de economias de escala ou não se chegar a um patamar de produção onde as economias de escala deixam de ser possíveis[301] existe um monopólio natural.

---

[300] Senão veja-se: A distribuição de um jornal para todo o país custa 1000. Transportar dois jornais reduz quase (existem pequenos custos variáveis) pela metade o custo de distribuição de cada um deles (500), e se forem 8 jornais diários o custo cai para 125. Se só existirem oito jornais diários o mercado da distribuição é um monopólio natural. Um putativo concorrente teria, mesmo que conseguisse um cliente, de suportar prejuízo de 750, sob pena de perder o cliente. E a sociedade pagaria mais pela distribuição dos jornais. Neste caso, é mais eficiente um único distribuidor.

[301] Retomando o exemplo da nota anterior. Se a capacidade de transporte com os meios existentes não excede os 8 jornais (por causa da dimensão da frota, da logística, da rota, etc.), o transporte do 9 jornal volta a custar perto de 1000 (excepto custos comuns com a rede existente) e pode compensar, nesse momento, entrar no mercado, nas mesmas condições em que o fez o monopolista natural (com um jornal e custos de 1000). Desde que haja a expectativa de que o número de publicações a transportar venha a crescer. Porque senão o fornecedor original continua a ter vantagem porque pode repercutir o custo de transportar o 9.º jornal nos restantes.

Contudo, também estes monopólios naturais podem terminar, quer pelo aumento da procura, quer por rupturas tecnológicas[302] que destruam ou diminuam substancialmente o efeito economias de escala.

Outra das questões que pode gerar um monopólio natural – a nosso ver a mais importante – é a estrutura de custos da produção do bem ou serviço em causa.

Por isso apontámos *supra* como uma das características do monopólio natural a existência de custos médios ainda decrescentes no momento em que se esgota a procura.

A existência de custos médios decrescentes será mais ou menos acentuada e mais ou menos durável conforme a percentagem dos custos fixos (e/ou de investimento) nos custos médios[303].

Num mercado com uma estrutura de custos pautada por custos fixos relativamente baixos pode existir um monopólio natural, mas ele tenderá a ser temporário, por via do acréscimo da oferta.

Outra característica deste tipo de monopólios naturais é que eles podem ser facilmente contestáveis. Como o custo de entrada é baixo pode ser aliciante –

---

[302] Cf. DE LÉON, Ignacio "The limits of open access on a regulatory yardstick in the regulation of utilities in Latin America", *World Competition: Law and Economics Review*, Dordrecht, 2002, p. 77 "The evolution of technology is persuading scholars to abandon their preconceptions about the existence of natural monopolies, and the need to regulate them, in a favour of a goal-oriented regulatory perspective.".

[303] Exemplificando. Se os custos fixos (suponhamos 10) forem baixos os custos médios são decrescentes mas: a) decrescem mais devagar (porque o seu peso no custo médio é mais equilibrado com o custo marginal – ou variável, se preferirmos); b) atingem o custo marginal com um nível de procura inferior.

embora um pouco ineficiente – entrar no mercado. Quanto mais alto o monopolista fixar os preços maior o incentivo à entrada. O que leva a preços mais próximos do custo marginal e, portanto, equivalentes aos que se poderiam obter num cenário de multiplicidade de empresas.

Ao invés, se os custos fixos são percentualmente muito elevados nos custos médios ocorre o inverso: o monopólio natural tenderá para a perpetuidade e não há incentivo à entrada.

São aquilo a que se pode chamar monopólios naturais de base estrutural[304] ou de *exploração*[305], porque não derivam da exiguidade da procura nem da existência de economias de escala e são relativamente insensíveis a alterações na procura ou nas condições tecnológicas (com excepções de relevo, que abaixo se enunciarão).

São estes os monopólios naturais *fortes*, como alguns preferem chamar-lhes[306], e em relação aos quais nos parece colocar-se com mais premência a questão da intervenção pública.

Neste ponto vamos, portanto, distinguir especialmente os monopólios naturais de base estrutural. Porque, como referimos *supra*, não nos parece que,

---

[304] REYNOLDS, Lloyd G. [1973:49]: "monopoly is sometimes unavoidable for technical reasons. It would be quite inefficient to have two telephone systems or two separate electricity grids serving the same territory.".

[305] Cf. JOHR, Walter Adolf [1958:170]: "...monopolios de explotación. Se trata de empresas en las cuales los costos fijos tienen tal preponderancia que una nueva empresa no puede entrar en competencia con una existente ya en la misma zona de venta.".

[306] V. AA.VV., *Encyclopedia of Law and Economics,* [2000:499].

nas restantes situações, seja necessário equacionar uma intervenção pública, ou melhor, uma intervenção pública do mesmo tipo específico, podendo a concorrência potencial, por um lado, e as autoridades de defesa da concorrência, por outro, assegurar que não se verificam desvios substanciais ao paradigma do bem-estar social.

Não só, relembramos, porque o próprio mercado assegura algum grau de pressão competitiva (potencial) devido ao seu carácter relativamente temporário mas também porque, quando os custos fixos não sejam demasiado elevados a cobrança de preços que inclua rendas monopolistas atrairá de imediato concorrentes[307].

Retemos, portanto, como potencialmente abrangidos por estruturas do tipo de regulação económica os monopólios de base estrutural, sendo um caso típico o das chamadas "public utilities" ou "network industries" [308]. De notar que, quanto a estes, parece justificar-se uma vigilância com um carácter permanente e dedicado, podendo justificar-se mesmo a intervenção, nomeadamente, ao nível da fixação dos preços[309], da criação de incentivos à eficiência, entre outros.

---

[307] V. POSNER, Richard [1999:4 a 52].

[308] GOMES, Nuno Sá, *Nacionalizações e Privatizações,* separata dos Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 155, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, (1988) afirma mesmo existirem "monopólios (...) tendencialmente inevitáveis", referindo-se, entre outros, às "auto-estradas" e aos "transportes ferroviários".
Sobre o conceito de "network industries" V. BLUM, Françoise, "The recent case law of the European Court of Justice on State monopolies and its implication for network industries", *Journal of Network Industries*, n.º 1, Kluwer Law International, Holanda, (2000), p. 56, "By network industries we mean utilities in the field of broadcasting, telecoms, post, energy and certain transport services which used to be or still are partly owned or controlled by the State.".
Cf., por fim, CHITI, Mario P. e Guido Greco, "The institutional profile and powers of the utility regulator", Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, Giuffrè Editore, Milão, 1999.

[309] Justificação essa que não é exclusiva desta situação. Veja-se, por exemplo, para o sector dos medicamentos, ASCENSÃO, José de Oliveira e Luís D. S. Morais, "A fixação dos preços dos

Isto porque o monopolista natural *forte*, não só não sente as pressões competitivas reais, como é também imune a pressões potenciais, porquanto as sabe inexistentes.

Na avaliação da possibilidade de ser vantajoso submeter este tipo de mercados a regulação económica não deixaremos de ponderar alternativas, como sejam a intervenção das autoridades de defesa da concorrência, a propriedade pública, a utilização de mecanismos de concorrência *pelo* mercado. Retomaremos esta matéria infra, no ponmto relativo ao Estado regulador.

## 4.2 Externalidades

Por externalidades entendem-se os custos e benefícios de uma dada actividade que são imputados a sujeitos exteriores ao mercado[310].

Isto é, existe um custo ou um benefício de uma dada actividade que não é tido em conta no preço praticado, isto é, não faz parte da formação da decisão de produzir ou não, e que é normalmente designado por custo ou benefício social.

---

medicamentos genéricos: questões de direito industrial e direito da concorrência", separata de *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Volume 3, Almedina, Coimbra, 2010.

[310] De notar que há mesmo quem assegure que: "The most important justification for government-imposed regulations is the presence of externalities." (Cf. BENSTON, George J. e George G. Kaufman, "The appropriate role of bank regulation", *The Regulation and Supervision of Banks, Volume I – The Case For and Against Banking Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2001, p. 680).

Esta circunstância gera dois tipos de situações, consoante estejamos perante um custo ou um benefício social:

a) Quando existam custos sociais que sejam superiores aos custos privados estamos perante externalidades *negativas*;

b) Quando existam benefícios sociais que sejam superiores aos benefícios privados estamos perante externalidades *positivas*.

Ou existe uma sobre-produção em relação ao nível óptimo do ponto de vista da maximização do bem-estar social (caso se trate de um custo) ou existe uma sub-produção do mesmo ponto de vista (caso se trate de um benefício)[311].

Isto porque, não sendo imputado ao produtor o custo total da sua actividade, porque parte dele é diluído na esfera de outros agentes, este produz mais e vende mais quantidade do bem do que aconteceria se o preço deste incorporasse a totalidade dos custos, incluindo os externos.

Por outro lado, se a actividade gera um benefício externo não suportado pelos beneficiários tal não é tido em conta na opção de aquisição do bem e gera uma situação de sub-produção em relação ao óptimo social.

Dito de outra forma: neste tipo de situações o preço não sinaliza correctamente[312] aos participantes no mercado o nível óptimo de produção (aquele

---

[311] ARAÚJO, Fernando [2012:547 e ss.].

[312] Ao contrário do que acontece num mercado concorrencial o preço não fornece a informação necessária à tomada da decisão de consumo racional. Cf. CHIESI, Antonio e Alberto Martinelli, "The representation of business interests as a mechanism of social regulation", *State, market and social regulation – New perspectives on Italy*, (ed. Peter Lange and Marino Regini), Cambridge

que gera maior excedente social), porque se encontra acima ou abaixo do que seria útil do ponto de vista da maximização do bem-estar social[313].

Isto por força da natureza *externa* ao processo de decisão do valor da externalidade (passe a redundância)[314].

O que gera uma dissonância entre a eficiência do mercado e o bem-estar social, com prevalência daquela primeira. Trata-se, portanto, também neste caso, de corrigir situações que implicam perdas absolutas de bem-estar social.

Ora tal acarreta, necessariamente, que se equacionem mecanismos[315] que levem à consideração do custo ou benefício cuja relevância é externa, ou seja, a que se *internalize* a *externalidade*, para efeitos do processo de decisão.

---

University Press, Cambridge, 1989, p. 189: "Market is a self-regulating mechanism in which price system provides the necessary information for the efficient distribution of factors of production.".

[313] Cf. REYNOLDS, Lloyd G., *Economics – a general introduction*, 4.ª Edição, The Irwin Series in Economics, Richard D. Irwin, Homewood, 1973, p. 47: "whenever there is a divergence between private and social costs or private or social benefits, an unregulated market mechanism will not produce optimal results. Government intervention is warranted to correct the bias in private calculations.".

[314] Veja-se o seguinte exemplo: se a produção de um dado bem custa 10 e tem um custo externo de 5 e pressupondo que a procura do bem é de 100 unidades ao preço de 10 e de 50 unidades ao preço de 15, temos que existe um sobre-produção de 50 unidades face ao que seria economicamente racional se os actores estivessem a ter em conta o custo externo.

[315] Cf. FRIEDMAN, Lee S. [2002:635]: "[Existem] a number of different ways that externalities can be internalised through public policy (…) taxes, subsidies, issuance of regulatory standards, and the establishment of tradable property rights, such as permits that allow for the production of a certain amount of externality.".
Com ligeiras variantes tem interesse o elenco elaborado por OATES, Wallace E. e William J. Baumol, "The instruments for Environmental Policy", *The Economics of Environmental Regulation* (ed. Wallace E. Oates), Edward Elgar, Cheltenham, 1996, p. 97:

"Tools for environment policy:

Esses mecanismos pretendem, em última análise, incentivar o mercado a ter em conta os benefícios ou custos sociais (correspondentes à soma do benefício ou custo privado com a externalidade em causa) no seu funcionamento.

Há quem defenda, recorrendo ao chamado Teorema de Coase[316], que o próprio mercado pode, através de soluções negociadas, resolver o problema das externalidades, arbitrando os interesses das partes.

A tese central seria a de que as soluções negociadas entre as partes (e isto quer se trate de externalidades positivas ou negativas) tenderiam para a internalização da externalidade e, logo, para uma optimização do bem-estar social.

Sendo, e este é um ponto central da teoria, irrelevante a quem é que originalmente se atribuíam os direitos subjectivos em confronto.

Como o próprio autor reconhece tal *indiferença* só se verificaria num cenário ideal em que inexistissem custos de transacção.

Isto é, num cenário em que a negociação se fizesse sem que qualquer das partes envolvidas tivesse de dispensar qualquer custo com a mesma.[317]

---

1) Price Incentives
   a) Taxes
   b) Subsidies
2) Direct controls
   a) Rationing
   b) Prohibition
   c) Technical specifications
3) Moral Suasion: voluntary compliance
4) Public Production"

[316] Enunciado pelo próprio em COASE, R. H., [1960:11].

[317] COASE, R. H. [1960:15] "when dealing with the problem of the rearrangement of legal rights through the market, it was argued that such a rearrangement would be made through the market

Um cenário impossível, mais não seja pelo facto de toda a negociação implicar a aplicação de uma quantidade de tempo, ainda que diminuta[318]. Ao invés, os custos de transacção expectáveis são, na maioria dos casos, muito elevados[319].

Aliás, na maioria das situações, pode mesmo admitir-se cenários em que os custos de transacção provoquem perdas de bem-estar social[320] superiores às que decorrem da existência da externalidade.

---

whenever this would lead to an increase in the value of production. But this assumed costless market transactions. Once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will only be undertaken when the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the costs which would be involved in bringing it about. (...) In these conditions the initial delimitation of legal rights does have an effect on the efficiency with which the economic system operates.”.

[318] Gerando um custo de oportunidade, que reflecte o custo da não utilização do mesmo tempo para outro fim, v.g., produção de riqueza, ocupação recreativa, entre outros.

[319] Dando um exemplo na área ambiental (paradigmática sempre que se trata a questão das externalidades), os afectados por uma determinada fábrica são, suponhamos, todos os residentes numa área de 5 $Km^2$, em número de 10.000 pessoas. A medida do custo de transacção pode intuir-se considerando o esforço de: a) negociação individual entre cada um e a fábrica ou; b) entre os 10.000 habitantes para terem uma posição comum e um representante comum para negociar com a fábrica.
Já para não quantificar os custos relativos à verificação do bom cumprimento do contrato a que se chegasse, que obrigariam os 10.000 moradores a terem um sistema de vigilância da actividade da fábrica e de monitorização da qualidade do ar.

[320] Curiosamente, julgamos poder estabelecer um paralelo entre estes custos de transacção e os custos associados ao *rent-seeking* na medida em que ambos são custos não reprodutivos, isto é, não geram qualquer benefício por si mesmos.

Em suma, nas situações em que se verifiquem custos de transacção – todas – importa averiguar se esses custos não são superiores aos de uma intervenção estatal.

Nas situações em que sejam, justifica-se a intervenção estatal[321], desde que ela, por sua vez, não venha também a ter associadas perdas de bem-estar social superiores às que decorrem da existência da externalidade.

Caso em que, e excepto considerações extra eficiência (v.g. justiça social, saúde pública[322]) é preferível abdicar[323] da correcção da externalidade.

A correcção das externalidades pode passar, como acontece com os monopólios naturais (seleccionados *supra* como potenciais objectos de regulação) pela regulação económica, pese embora se aproxime muitas vezes, nomeadamente nas matérias ambientais, da chamada regulação social.

---

[321] CABRAL, Luís M. B. *Introduction to industrial organization*, The MIT Press, Massachusetts, 2000, p. 326: "Externalities are one of the few instances where economists agree there may be a role for public policy.".

[322] Cuja eventual preponderância numa decisão de intervenção do Estado sempre nos remeteria para o âmbito da regulação *social*. Matéria que excluímos do âmbito da presente dissertação pelas razões em tempo mencionadas.

[323] Cf. COASE, R. H. [1960:18]: "There is, of course, a further alternative, which is to do nothing about the problem at all. And given that the cost involved in solving the problem by regulations issued by the governmental administrative machine will often be heavy (particularly if the costs are interpreted to include all the consequences which follow from the Government engaging in this kind of activity), it will no doubt be commonly the case that the gain which would come from regulating the actions which give rise to the harmful effects will be less than the costs involved in Government regulation.".

Nessa medida, e apesar de a análise ali feita se centrar mais nos monopólios naturais não deixaremos de trazer á colação, a propósito dos vários instrumentos, o exemplo das externalidades.

Mas pode ainda a correcção de externalidades lançar mão de mecanismos que, por lhe serem próprios[324], trataremos de seguida e não em conjunto com as demais matérias abordadas na Parte III (*infra*). Apesar de, como veremos, a propriedade pública ou mesmo a regulação económica serem vias possíveis para a correcção de algumas externalidades negativas.

Assim, além da regulação económica (e social), a correcção das externalidades pode ainda ser equacionada pelo Estado recorrendo a instrumentos de tipo fiscal.

De facto, a literatura prevê, desde Pisgou, que o Estado pode lançar impostos sobre as actividades que geram externalidades negativas, aumentando o seu custo e provocando uma diminuição de consumo e, concomitantemente, de produção, repondo o nível desta próximo daquele que teria se a decisão de produção e consumo tivessem em conta a externalidade[325]. Dito de outra forma, repondo o bem-estar social no seu nível máximo.

---

[324] MILLER, Roger Leroy, *Economics Today – The micro view*, Addison Wesley Publishing Company, 2000, p. 98 refere: "External costs lead to an overllocation of resources to the specific economic activity. Two possible ways of correcting these spillovers are taxation and regulation; External benefits result in an underllocation of resources to the specific activity. Three possible government corrections are financing the productions of the activity, subsidizing private firms or consumers to engage in the activity, and regulation.".

[325] Por estas linhas se intui, e é verdade, que os impostos, quando lançados sobre produtos cuja produção não tem externalidades negativas provocam uma perda de bem-estar social na medida em que desviam a linha de produção e preço do seu nível natural.

Tal como pode – e fá-lo actualmente – impor a internalização de externalidades positivas decorrentes da sua própria actuação ou externalidades negativas que afectem bens comuns por via fiscal[326]. Isto é, influenciando o preço de venda do produto.

A via fiscal recolhe ainda os méritos de, se bem estruturado o tributo, fazer sentir o custo externo tanto mais quanto maior seja a produção do agente económico em causa. Isto é, cresce na proporção da produção.

Simplesmente este tipo de tributos contém limitações[327]. Desde logo não leva em consideração que, num determinado mercado existem várias empresas, operando com tecnologias diferentes, gerando externalidades, mas apresentando estruturas de custos diferentes entre si.

Um imposto "pigouviano"[328] puro tem o efeito perverso de desincentivar as empresas de investirem em processos produtivos geradores de menores externalidades. Antes pelo contrário.

---

[326] Cf.o disposto no artigo 4.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 398/9, de 17 de Dezembro que aprova a Lei Geral Tributária: "As contribuições especiais que assentam na obtenção pelo sujeito passivo de benefícios ou aumentos de valor dos seus bens em resultado de obras públicas ou da criação ou ampliação de serviços públicos ou no especial desgaste de bens públicos ocasionados pelo exercício de uma actividade são consideradas impostos.".

[327] Cf. OATES, Wallace E., "The Regulation of Externalities: Efficient behavior by sources and victims", *The Economics of Environmental Regulation* (ed. Wallace E. Oates), Edward Elgar, Cheltenham, 1996, p. 77, defende que: "The Pigouvian prescription for the correction of allocative distortions resulting from an external diseconomy calls for a unit tax on the generator of the externality equal to marginal social damage." Mas admite posteriormente que "While the robustness of the Pigouvian resolution of the externalities' problem nay be reassuring, it is at the same time somewhat incomplete and misleading.".

[328] Adoptamos a designação de ARAÚJO, Fernando [2012:572]: "Os impostos que visam internalizar as externalidades negativas são apelidados de "impostos pigouvianos".

De facto, sempre que se estejam a afastar do nível de externalidades presumido na fixação do valor do imposto para melhor as empresas não vêm esse esforço compensado, ficando prejudicadas competitivamente face às empresas que abdicam de fazer esse investimento.

Por outro lado, a degradação do processo produtivo, produzindo maior nível de externalidades não tem qualquer sanção que não seja uma hipotética revisão em alta do imposto para todas as empresas, diluindo o custo gerado por aquela empresa pela totalidade do mercado, o que lhe permite reter grande parte dos seus lucros com tal conduta.

Por fim, o imposto pigouviano tem efeitos de longo prazo bem menos satisfatórios dos que consegue no curto prazo[329], também porque a sua internalização no preço de venda do produto dilui o seu efeito de dissuasão.

Para colmatar esta dificuldade o Estado teria de aplicar uma taxa de imposto diferenciada, o que é difícil de fazer na prática[330]. Tal obrigaria o Estado a conhecer detalhadamente a estrutura de custos de cada um dos sujeitos passivos

---

[329] Cf. COLLINGE, Robert A. e Wallace E. Oates, "Efficiency in pollution control in the short and long runs: a system of rental emission permits", *The Economics of Environmental Regulation* (ed. Wallace E. Oates), Edward Elgar, Cheltenham, 1996, p. 223: "While a Pigouvian tax on waste emissions equal to marginal social damage can sustain an efficient pattern of emissions amongst existing polluters in the short run, the recent literature on externalities stresses that it is not, in general, sufficient to ensure efficiency in the long run.".

[330] Pese embora as dificuldades há quem defenda que « …les taxes environnementales ont leur place dans une système fiscal moderne. Même si elles ne sont pas parfaites, elles n'ont pas plus de défauts que les autres impôts. " (Cf. BURGENMEIER, Beat et al [1997 :187]).

do imposto, a avaliar o seu grau de eficiência produtiva e, só em seguida, estabelecer o nível de imposto.

Tal tem custos elevadíssimos, aproximando-se já de um modelo de regulação de comando e controlo[331], em que o Estado, na prática, determina o preço de venda dos produtos uma vez que conhece um dos factores (custo de produção) e determina o outro (imposto).

Recentemente têm vindo a ganhar proeminência, a par das novas tendências de regulação pró-mercado[332], e para a questão das externalidades *negativas*, as formulações do tipo “mercado” (especialmente as associadas à poluição).

Nestas os poderes públicos criam um mercado de transacção de direitos à geração de externalidades negativas (o que tem implícito um reconhecimento de

---

[331] Para além do mais, este tipo de instrumento significa uma deslocação do rendimento do sector privado para o sector público, o que, em si mesmo, é normalmente considerado como gerador de ineficiência. A questão não é, naturalmente, linear. Não sendo este o momento adequado para o tratamento da mesma, tem de se admitir que a maioria dos estudos demonstra que a aplicação de recursos pelo Estado tem um *minus* quando comparada com aplicação de idêntica quantidade de recursos por privados. A chamada “ineficiência-X”. Sendo X o quantitativo do diferencial. O Estado pode ainda optar por regular a questão, de forma mais ou menos tradicional, emitindo regulamentação que impõe limites quantitativos à emissão de determinadas substâncias ou à utilização de certos bens. Pode fazê-lo a montante do mercado em causa, regulamentando o acesso aos bens necessários ao processo produtivo (v.g. proibição da utilização de gasolina com chumbo, proibição de pescar certas espécies de peixe, proibição de pescar peixe com peso abaixo de certo valor, entre outras.). Ou pode fazê-lo a montante do processo produtivo, regulamentando os níveis de produção (considerados críticos) do mercado gerador de externalidades. Em qualquer dos casos, ao regular o nível de produção está-se a impedir o ajuste do nível de preços, com perdas absolutas de bem-estar social.

[332] Expressão que designa, normalmente, a construção de mecanismos regulatórios baseados mais em incentivos do que em ordens, isto é, que se destinam a criar nos regulados a vontade de atingirem os objectivos regulatórios.

um direito a poluir, cuja natureza e fundamento apresentam dificuldades próprias), vendendo, nomeadamente por leilão, esses mesmos direitos às empresas neles interessadas[333].

Os direitos de poluição (ou quotas) têm como característica essencial o facto de poderem ser livremente transaccionáveis entre as empresas.

Tal facto cria um mercado[334] (secundário) de direitos de poluição que gera um equilíbrio baseado na eficiência ambiental[335]: as empresas mais eficientes

---

[333] Na realidade a venda dos direitos consiste já numa opção secundária. De facto, o modelo das quotas transaccionáveis tem um paralelo evidente com o *Teorema de Coase*. Na presença de um número limitado de actores (as empresas geradoras da externalidade), todos eles com conhecimentos pré-adquiridos sobre os seus próprios custos e os das empresas concorrentes e, consequentemente, de custos de transacção relativamente baixos, a atribuição inicial das quotas não tem impacto na obtenção do nível de bem-estar social. Mas tem impacto na distribuição do Excedente do Produtor, podendo-se configurar sistemas em que se beneficiam mais as empresas que menos externalidades negativas produzem. Tal desiderato é desejável porque *sinaliza* a necessidade de investir em meios de produção e tecnologias mais eficientes.
Cf. COLLINGE, Robert A. et al. [1996:240]: "the initial allocation of permits certainly does have distributive implications."
No caso de leilão público, as receitas arrecadadas podem e devem ser aplicadas no apoio a esse tipo de reconversão tecnológica, de tal forma que sejam as empresas mais geradoras de externalidades negativas as que mais financiam a eliminação das mesmas, se na sua empresa ou nas suas concorrentes tal é, do ponto de vista da sociedade, relativamente indiferente.

[334] ARAÚJO, Fernando [2012:575]: "…formas de regulamentação através de licenciamento, da atribuição a cada poluidor de uma quota máxima permitida, e se associar a esse licenciamento a *livre negociabilidade das quotas atribuídas* – afinal, a solução mais próxima da criação de um verdadeiro "mercado ambiental", e uma ideia facilmente intuível.".

[335] MANKIW, N. Gregory, *Principles of Economics*, 2.ª Edição, Harcourt College Publishers, Fort Worth, 2001, p. 218: "The invisible hand will ensure that this new market efficiently allocates the right to pollute. The firms that can reduce pollution only at a high cost will be willing to pay the most for the pollution permits. The firms that can reduce pollution at low cost will prefer to sell whatever permits they have.".

necessitam de menos quotas e podem vender o excedente; as empresas menos eficientes necessitam de mais quotas e têm de comprar o excedente[336].

A vantagem deste sistema passa, também, pelo seu baixo custo em termos de aquisição de informação sobre a estrutura de custos e eficiência produtiva das empresas[337]. O ajustamento a estes factores obtém-se por via das trocas de direitos de poluição.

Este sistema tem a vantagem de maximizar a produção para uma quantidade fixa de externalidade negativa[338], o que configura não uma situação de óptimo social, porque não existe internalização total, mas uma solução de *second-best*[339]. Isto é, a situação obtida após as transacções é a que mais se aproxima daquele referencial.

Para minorar as externalidades negativas o Estado deve, também, rever a sua própria actuação. De facto, é muitas vezes o próprio Estado que, pela sua actividade directa, ou pelos incentivos que concede a certas indústrias geradoras

---

[336] De facto, "The key economic rationale behind emissions trading is that industry will only effect the reduction in emissions necessary to achieve the desired environmental outcome if this associated with less cost." (Cf. GIESBERTS, Ludger e Juliane Hilf, "Emissions Trading – a new way of reducing CO2 Emissions Effectively", *International Trade – Law & Regulation*, Sweet and Maxwell, Londres, 2002, p. 61).

[337] Diversamente V. COLLINGE, Robert A. et al. [1996:239]: "a system if (undifferentiated) marketable permits make[s] much stronger informational demands".

[338] Ou, o que é equivalente, manter a produção baixando os níveis de externalidades. Cf. CLARKE, Michael, *Regulation – the social control of business between law and politics*, Macmillan Press LDT, Hampshire, 2000, p. 227: "The idea is that tradable emissions quotas are a cheaper and more efficient way to achieve lower overall pollution than traditional command-and-inspection methods.".

[339] Cf. ATKINSON, Anthony B. e Joseph E. Stiglitz [1980:359] "Where first-instruments are not available, the government has to decide on the policies that can attain a second-best solution.".

de externalidades, acaba por promover a existência de mais externalidades negativas. Que depois tem o esforço de tentar colmatar.

No caso das externalidades *positivas* a intervenção estatal, a existir, deverá ir no sentido de maximizar o nível de produção das actividades em causa.

Tal pode ser feito, em primeira linha, com o recurso a subsídios públicos.

Esta metodologia nem sempre é válida porque, sendo os subsídio financiados por via fiscal, e sabendo nós que, na maioria dos casos, a existência de impostos gera perdas absolutas de bem-estar social, a dimensão destas perdas pode não ser compensada pelo acréscimo de bem-estar gerado pelo incentivo às actividades produtivas com externalidades positivas.

Outra via normalmente citada é a dos incentivos a nível da carga fiscal, isto é, reduzindo – ou mesmo eliminando – a mesma para este tipo de produtos[340].

Tal permite que, para estes bens, o nível de produção suba mantendo-se, normalmente, o preço de venda ao público em níveis que permitem a aquisição do bem por mais consumidores. O que tem efeitos positivos a nível da maximização do bem-estar social.

---

[340] Cf. SOARES, Cláudia Dias, "A avaliação ex ante e ex post da despesa fiscal", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006, pp. 565 e ss. elenca as dificuldades do controlo da qualidade desta "despesa", nomeadamente quanto ao calculo do seu custo, por um lado, e à determinação da sua utilidade, eficácia e eficiência, por outro. Sobre este assunto V., por todos, o estudo percursor de MARTINS, Guilherme Waldemar de Oliveira, *A despesa fiscal e o orçamento do Estado no ordenamento jurídico português*, Almedina, Coimbra, 2004.

Naturalmente que as considerações de eficiência económica, no que respeita a determinadas externalidades têm, na prática, de ser temperadas face a considerações de redistribuição de riqueza[341], de política social ou de saúde pública.

Em todo o caso, e julgamos ter ficado clara tal posição, entendemos que as externalidades negativas, em determinadas situações, podem requerer a sua sujeição a instrumentos de regulação económica[342].

---

[341] V. CABRAL, Nazaré da Costa, [2002], p. 82, "A questão de saber o que é uma distribuição justa não pode ser cabalmente respondida pela ciência económica (…) este problema pertence ao domínio da ética social" o que talvez explique que, como assinala TULLOCK, Gordon, The economics and politics of wealth redistribution (ed. e introdução Charles K. Rowley), Liberty Fund, Indianopolis, 2005, pp. 70 "the arguments for income distribution are chaotic".
Cf. ainda CABRAL, Nazaré da Costa, [2002], p. 85, "por detrás das opções pontuais de política económica e financeira (…) sempre se esconde, afinal, uma posição de princípio que se reconduz, enfim, à aceitação ou não do Estado".
No mesmo sentido consulte-se PELLET, Rémi (org.), *Finances publiques et redistribution sociale : XXe anniversaire de la Société Française de Finances Publiques*, Economica, Paris, 2006.
Por fim, sobre o papel do sistema fiscal na criação de mecanismos de redistribuição de riqueza v. MARQUES, Paulo, *Elogio do imposto: a relação do Estado com os contribuintes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, em especial pp. 57 e ss.

[342] Cf. o exemplo dado por FAURE, Michael e Goran Skogh, *The Economic Analysis of Environmental Policy and Law – an introduction*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003, p. 308: "Moreover, it is more efficient for the government to acquire information on the optimal emission standard that it could be, for example, for an individual firm to find out what additional reduction in pollution would produce an optimal reduction in the expected damages from the emission. There are undeniable "economies of scale" advantages in regulation.".

## 4.3 Bens Públicos

Existem autores que tratam a problemática dos bens públicos à luz da problemática das externalidades[343], escorando-se na ideia de que, também nestes casos, está em causa uma decisão de consumo que, por via de regra, não é tomada tendo em conta a totalidade dos custos ou benefícios associados à utilização do bem público[344].

Sempre que tal acontece, e tal como já se mencionou *supra*, o nível de produção (e consumo) do bem afasta-se do que seria o nível eficiente, do ponto de vista da maximização do bem-estar social.

---

[343] Lapidarmente ARAÚJO, Fernando [2012:579] afirma: "um bem público – que afinal não é mais do que um caso extremo de externalidade positiva.".
No mesmo sentido se pronuncia MCNUTT, Patrick A., *The economics of Public Choice*, 2.ª Edição, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2002, p. 245: "Within the public finance literature, public goods are closely related to externalities since the work of both Mishan (1971) and Evans (1970) established that consumption externalities can be analysed as a public good.".
Cfr., ainda, MUELLLER, Dennis C. [1997:27]: "Although seemingly a separate category of market failure, the Pareto-optimality condition for an externality is identical to that for a pure public good.". Algo contraditoriamente o mesmo autor refere ainda que "Public goods are a classic example of the kinds of market failures economists cite as justification for government intervention. Externalities are the second primary category of market failure." (MUELLLER, Dennis C [1997:25]).

[344] V. BATOR, Francis M., "The Anatomy of Market Failure", *Quarterly Journal Of Economics*, vol. LXXII, *in* vol. II, 1958, republicado *in Welfare Economics,* (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001, p. 371: "It is the central implication of the Samuelson modal that where public good phenomena are present, there does not exist a set of prices associated with the (perfectly definable) bliss point, which would sustain the bliss configuration. The set of prices which would induce profit-seeking competitors to produce the optimal bill of goods, would be necessarily inefficient in allocation that bill of goods.".

O paralelismo, contudo, esgota-se neste aspecto, tendo os bens públicos características peculiares que justificam, em nosso entender, o seu tratamento autónomo[345].

Diz-se dos bens públicos que são bens:

a) cuja utilização é indivisível, na medida em que o seu gozo não diminui com a intensidade subjectiva do seu uso;

b) cuja utilização não pode ser excluída pelo seu produtor[346];

c) cujo consumo não pode ser rejeitado pelo seu consumidor.

Sempre que o bem não seja indivisível, mas mantenha as características da impossibilidade de exclusão e da não rejeitabilidade, fala-se em bem público impuro, bem colectivo ou recurso comum. Adoptaremos esta última designação[347].

---

[345] Neste sentido V. FRANCO, António L. de Sousa, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Volume I, (reimp. da 4.ª Edição) Almedina, Coimbra, 1997, p. 26 e ss..
Adoptando a mesma dicotomia V. MUELLLER, Dennis C [1997:25]: "Public goods are a classic example of the kinds of market failures economists cite as justification for government intervention. Externalities are the second primary category of market failure."

[346] Neste particular a doutrina financeira pública distingue amiúdes vezes entre necessidades de satisfação activa e passiva, correspondendo estes últimos àqueles cuja utilização não pode ser excluída pelo seu produtor. V., por todos, RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *Lições de Finanças Públicas*, (reimp. da 5.ª Edição), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 20-21.

[347] Na esteira de ARAÚJO, Fernando [2012:583]: "Os *recursos comuns*, que não são susceptíveis de exclusão eficiente mas manifestam as características do uso rival ou exclusivo, como sejam, por exemplo, a maior parte dos recursos venatórios e piscícolas no seu estado natural.".

São , em regra, apontados como exemplos de bens públicos a defesa nacional e o farol. A escolha destes dois exemplos, que manteremos, assenta no facto de os mesmos terem, na realidade, naturezas diversas.

O que distingue estes dois bens é a dificuldade, já não em excluir os consumos (o que não é possível em nenhuma das duas situações), mas sim em obter o pagamento do custo da disponibilização do bem.

Sempre que seja praticável obter o pagamento deste custo existe um incentivo para que a própria iniciativa privada, ou seja, o mercado produzam esses bens. Caso esse pagamento não seja facilmente exigível o produtor do bem arrisca-se, no limite, a ser o único a suportar os custos, beneficiando os demais do mesmo *à boleia*[348] da sua iniciativa.

Desde que, naturalmente, as receitas a obter sejam superiores à soma dos custos da produção do bem com as despesas inerentes à própria cobrança. O que está intimamente relacionado com o número de consumidores do bem.

---

[348] Cf. ARAÚJO, Fernando [2012:585]: "O problema essencial que determina a falha de produção dos bens públicos é o já referido "efeito de boleia", o facto das características do bem público tornarem racional, para cada um, esperar pela respectiva produção pelos demais, para depois retirar benefícios da sua existência sem ter que suportar os custos correspondentes.". Sobre o problema do free-rider V. ainda SOBRECASES, Francisco Garcia, "Homo Economicus and constitucional change: solutions to free-rider behavior in the provision of public goods", Estudos e Economia, 1998, vol. XVIII, n.º 3, ISE-UTL, Lisboa e SILVA, Susana Tavares da, "Sustentabilidade e solidariedade no financiamento do bem-estar: o fim das «boleias»?" *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
Retomando o paralelismo entre os bens públicos e as externalidades positivas Cf. HARRISON, Jeffrey L. [1998:46]: "the issues of positive externalities give rise to the concept of "free-riding". Free-riding takes place when individuals are able to take advantage of the benefits of the activities of others without paying for those benefits.".

No exemplo do farol diz-se, normalmente, que é impossível cobrar a todos os navios que avistam o farol pelo benefício que dele retiram.

A iniciativa privada, com a criatividade que lhe é própria, ultrapassou o modelo teórico clássico[349] ao agregar os consumos numa entidade mediata.

No caso, o porto mais próximo da sua localização, com o fundamento de que a maior parte (senão a totalidade) dos navios que o utilizam beneficiaram da sua existência.

Ou, argumento mais veemente, que a desactivação do farol tornaria o acesso ao porto menos seguro com as consequências previsíveis em termos de quebra da procura.

Ao reduzir o esforço de cobrança a uma relação bilateral com o porto é possível configurar o fornecimento pelo mercado de um bem que, mantendo as características de um bem público[350], é produzido por privados.

Já no caso da defesa nacional não é possível uma intermediação do mesmo tipo, caso em que o paradigma de que os bens públicos não podem ser produzidos pela iniciativa privada se mantém.

---

[349] Para uma análise detalhada deste exemplo V. ARAÚJO, Fernando [2012:583 e ss.].

[350] Como bem explica ARAÚJO, Fernando [2012:584] "… o farol passa a ser encarado , pois, como um bem com uma natureza híbrida: ele é um bem público para os navios que passam ao seu alcance, mas tem as características de um *bem privado* par os proprietários de um porto que se encontre nas imediações do farol, permitindo até o reduzido número dos envolvidos nas transacções chegar ao resultado de uma provisão eficiente através de uma via puramente negocial. Fica demonstrado, assim, que uma mesma externalidade positiva afecta terceiros de formas diversas, podendo ser-lhe atribuída uma natureza diversa pelos respectivos beneficiários.".

Com a excepção, também ela com tradições escolásticas, dos beneméritos.

A comparação destes dois exemplos serve, afinal, para estabelecer que, embora se possa defender a necessidade de intervenção pública quando o mercado se mostra incapaz de produzir um bem[351] com as características de um bem público, tal necessidade não ocorre necessariamente.

Tal como não é necessariamente verdade que o Estado tenha de assegurar directamente a produção desses bens.

As modernas construções das chamadas parcerias público-privadas[352] contêm uma panóplia de instrumentos sofisticados que permitem associar capitais privados (e, talvez mais importante, métodos de gestão privados) à prossecução de fins públicos[353]. Mas essa é uma matéria que entronca já na discussão que se fará destas metodologias.

---

[351] Situação diversa ocorre "whenever private markets fail to provide a good or service, even though the cost of providing it is less than what individual are willing to pay, there is a market failure that we refer to as incomplete markets." (Cf. STIGLITZ, Joseph E. [1986:76]). Nesses casos pode-se aplicar, *mutatis mutandis* o que acima se defendeu para as externalidades positivas. Trata-se, num caso como outro, de estimular a produção de um dado bem.

[352] Que, na prática, são uma mera evolução do modelo clássico das concessões de serviço público. V., por todos, AZEVEDO, Maria Eduarda, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública*, Almedina, Coimbra, 2009. V., ainda, MORAIS JÚNIOR, José Costa de, *Parcerias público-privadas: eficiência e função social do Estado*, policopiado, Lisboa, 2010, sugere, alternativamente (pp. 102) que "as parcerias público-privadas (…) devem ser equiparadas a empresas de economia mista", não deixando de concluir, contudo, que as mesmas "são espécies de concessionárias de serviços públicos".

[353] O mesmo se aplicando á produção privada de bens públicos. V. FREIRE, Paula Vaz "A produção privada de bens públicos" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006, pp. 579 e ss, dando enfoque especial à inexistência necessária, embora possível, dos efeitos negativos decorrentes do chamado efeito-boleia, ou *free riding*. V., ainda, ANTUNES, Tiago, "Agilizar ou mercantilizar?: o recurso a instrumentos de mercado pela Administração pública - implicações e consequências" *in* Estudos

Já quanto aos recursos comuns é genericamente aceite que, na ausência de intervenção pública estes serão sobre-explorados até à sua exaustão total pois cada um dos consumidores – porque não suporta o custo do bem – tenderá a usá-lo o mais possível[354].

Sem que lhe ocorra proteger aquilo que não lhe pertence e a que outros acedem livremente. Sendo este tipo de bens uma agregação de realidades diversas é importante distinguir possíveis formas de evitar a sobre-exploração dos mesmos.

A primeira delas, desde que seja possível a exclusão do consumo, e a consequente cobrança do custo de consumo do bem, é a pura e simples entrega dos mesmos a privados.

Desde que, naturalmente, os recursos em causa não sejam de molde a suscitar uma tentação de sobre-exploração mesmo pelo particular proprietário.

Quando a exclusão do consumo, e a consequente cobrança do custo de consumo do bem, seja possível mas apenas com recurso a poderes de autoridade o Estado pode concessionar a produção desses bens a privados, emprestando-lhes, na medida do necessário, esses mesmos poderes.

---

jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

[354] Problema sumariado na doutrina com o exemplo da Tragédia dos Baldios. Cf. COLANDER, David C., *Microeconomics,* 2.ª Edição, Irwin, Nova Iorque, 1995: "Activities like that which deplete or use up a commonly held resource involve significant negative externalities. If we allow everyone to carry on such activity unrestricted – if we follow a policy of laissez-faire – society as a whole be worse off.".

O Estado pode ainda recorrer a formas regulatórias, impondo, por exemplo, quotas de utilização do recurso comum (solução frequentemente usada no domínio das pescas, por exemplo).

Em todo o caso parece que, também quanto aos recursos comuns, na medida em que sejam insusceptíveis de apropriação individual, importa equacionar a necessidade de intervenção do Estado[355].

Fá-lo-emos em moldes paralelos aos já fixados a propósito das externalidades.

[355] Porquanto nesta, como em tantas outras situações daquelas que temos vindo a analisar "les intérêts des commerçants et industriels sont en opposition avec l'intérêt général de la société. " (Cf. DENIS, Henri, *Histoire da la Pensée Économique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1966, p. 207).

## 4.4 A instabilidade macro-económica

Embora muitas vezes esquecida pelos autores[356], a incerteza e o risco associados ao andamento do equilíbrio geral da Economia não são colmatáveis pelo mercado. Os agregados de inflação, o nível de emprego ou o equilíbrio da balança de pagamentos, por exemplo, são dificilmente mantidos num nível óptimo por mera acção dos mercados. De facto, não só estes factores geram custos de transação elevados com as consequentes perdas absolutas de bem-estar social como o seu nível influencia de forma determinante a capacidade de se atingir a eficiência produtiva máxima.

Caberá ao Estado assegurar que a estabilidade[357] e, principalmente, a previsibilidade destes factores dão ao mercado uma ambiente de referência que estimule o investimento e a inovação[358][359].

---

[356] Com a excepção, naturalmente, dos ligados à área das finanças públicas. V. FRANCO, António L. de Sousa [1997:32] e RIBEIRO, José Joaquim Teixeira [1997:22]. Veja-se, ainda, mais recentemente ARAÚJO, Fernando [2012].

[357] Antigamente o papel de estabilizador do Estado era visto como envolvendo mesmo alguma intervenção de outro tipo. Cf. PATRÍCIO, J. Simões, *Curso de Direito Económico*, 2. ª Edição, A.A.F.D.L., Lisboa, 1981, p. 333: "Assim, o Estado pode intervir no ciclo económico como comprador, como vendedor, dos bens produzidos pelo sector privado – nacional (v. g., agrícola) ou estrangeiro (v. g. As pescas) – e com o fito de regularização desse ciclo.".
Para uma visão crítica da capacidade do Estado em desenvolver este papel V. MARTÍNEZ, Pedro Soares [2010], p. 895 e ss. e, em especial, p. 899, onde refere o facto e os "planificadores [estarem] mais interessados em construírem modelos teóricos do que em ajustarem o esquema adoptado às possibilidades, politicas e económicas, do país em causa.". Premonitório, face a experiências recentes de planeamento económico no âmbito de programas de assistência financeira, nomeadamente a Portugal. Sobre este último aspecto V. ainda NUNES, Avelãs, *Industrialização e Desenvolvimento – A economia política do "modelo brasileiro de desenvolvimento"*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2004, em especial pp. 66 e ss e FERREIRA, Eduardo Paz, *Valores e*

Esta questão, que é reconheça-se, mais do foro das finanças públicas, tem no entanto o maior dos impactos no bom funcionamento dos mercados que, sendo incapazes de controlar devidamente os mencionados aspectos macro-económicos, dependem em muito do seu bom desempenho.

A actual situação europeia, embora ainda pouco estudada, tem forçado a rever alguns dos quadros em que estas matérias se vinham explicando[360].

Sinalizada a relação entre esta realidade e a matéria das falhas de mercado, remetemos o desenvolvimento da mesma para a análise que fizémos dos Instrumentos de Intervenção Pública.

---

*Interesses, Desenvolvimento Económico e Política Comunitária de Cooperação*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 301 e ss.
Para um enquadramento dos mecanismos de condicionalidade nos programas de assistência financeira V. ainda WILLIAMSON, John (ed.), *IMF – Conditionality*, Institute for International Economics, Washington, 1983.

[358] Cf. LOBO, Carlos Baptista, "Indústria Portuguesa – Aspectos estruturais", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Almedina, Coimbra, 2000. Naquele estudo o autor premonitoriamente advertia que (pp. 721): "as vantagens anteriormente enumeradas [da participação no Euro] poderão transformar-se em desvantagens competitivas se não forem aproveitadas o mais eficientemente possível pelos agentes económicos".

[359] Cf. MUELLLER, Dennis C., *Public Choice II – a revised edition of Public Choice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 5: "One of the major justifications for an increasing role for government in the economy has been the Keynesian prescription that government policies are required to stabilize the macroeconomic performance of a country.".

[360] V., por exemplo, AA. VV., *Estudos sobre regulação e crises dos mercados financeiros* (ed. Aurilivi Linares Martínez e A. Saddy), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

## 4.5 Assimetrias de informação

Uma das condições apontadas para um bom funcionamento dos mercados é que os consumidores disponham de informação completa e perfeita sobre o produto em causa. Importa, portanto, que essa informação seja prestada (ou esteja disponível a custo zero[361]) para que o mercado funcione de forma conveniente.

O mesmo raciocínio se aplica quanto às externalidades, em que a decisão de consumo é viciada pelo desconhecimento da existência da externalidade e do seu custo em concreto[362].

Quando assim não seja, a assimetria de informação confere um poder de mercado àquele que detenha a vantagem comparativa. E impede uma decisão racional quanto ao consumo ou à produção do bem[363].

É que, se existe um claro estímulo para a divulgação das características ocultas de bens quando as mesmas sejam positivas[364] o mesmo não acontece quando se passe o inverso.

---

[361] Como é evidente, em condições reais a aquisição da informação necessária à tomada de uma decisão informada tem sempre um custo, ainda que muito baixo (v.g., o custo de oportunidade).

[362] HEYVAERT, Veerle, *Access to information in a deregulated environment*, "Deregulation in the European Union – Environmental perspectives", (ed. Ute Collier), Routledge, Londres, 1998, p. 58: "…public access to environmental information is said to correct the failure of the market to supply such information at a socially optimal level. (…).".
Concordantemente V. HEYVAERT, Veerle [1998:63]: "The conclusion that deregulation and access to environmental information should go hand-in-hand is by to means a shocking one.".

[363] Cf.BLAUG, Mark, BLAUG, Mark [1994:323]: "... a racionalidade significa escolher de acordo com uma ordenação de preferência que é completa e transitiva, sujeita a informação perfeita e adquirida sem custos".

Nessas situações é necessário corrigir a assimetria de informação[365]. Sob pena de os custos de transacção (incluindo a incerteza e a avaliação do *risco*) significarem que ficam por tomar decisões de consumo por parte de consumidores que, se informados, estariam dispostos a pagar o preço em causa, o que gera perdas absolutas de bem-estar social.

As questões ligadas ao chamado mercado secundário da informação são amplas e demasiado complexas para nos podermos delas ocupar em detalhe[366].

Feita esta prevenção, entendemos autonomizar esta questão para poder isolar um tipo de situação onde as considerações relativas à informação são preponderantes: os mercados financeiros ou de capital.

A regulação e supervisão dos bancos[367], da bolsa e, mesmo, do sector de seguros[368] têm como fundamento próximo este tipo de situações[369].

---

[364] E por isso se pode dizer "It's usually not necessary to regulate goods with beneficial side effects. Producers have a clear motivation to identify the positive effects of their products." (SPENCER, Milton H., [1993:676]).

[365] V. SPENCER, Milton H., [1993:676]: "The obvious solution to imperfect information is to insist that consumers be furnished with necessary information [por meio de] information disclosure, standards, licensing, and recalls.".

[366] V., por exemplo, SANTOS, Filipe Matias, *Divulgação de informação privilegiada : o dever de divulgação de informação privilegiada no Mercado de Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2011.

[367] V. SANTOS, Luís Máximo dos, "Regulação e supervisão bancária" *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo*, (org. FERREIRA, Eduardo Paz, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra, 2009.

[368] V. MESQUITA, Maria José Rangel, "Regulação da actividade seguradora: Traços fundamentais" *in* Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?, (org. FERREIRA, Eduardo Paz, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra, 2009 e RAPOSO, Mário, "Regulação

Esse enquadramento comum tem mesmo levado à defesa da necessidade não só de coordenar os interventores públicos nos vários mercados como, para certos autores, de agregar toda esta intervenção numa só entidade[370]. É o chamado conceito do regulador unificado[371].

Embora seja discutível que tal seja absolutamente necessário a regulação sobre a obrigação de prestar a informação[372], por um lado e a regulação da utilização da informação sobre as partes em vantagem (v.g. com a proibição do inside-trading[373]) tem fortes tradições, considerando-se normalmente que cabe à

---

legislativa do contrato de seguro: uma nota sumária" *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1996.

[369] V., por todos, PINA, Carlos Costa, *Instituições e Mercados Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2005.

[370] Cf. FAIRBAIRN, David Stewart, "Insider – dealing regulation in the United Kingdom and Germany: comparing regulation policy on the implementation of key aspects of the EC Insider Dealing Directive", *International and comparative corporate law journal*, Dordrecht, 2003, p. 559: "The government's recent proposal to mirror the UK's Financial Services Authority by amalgamating banking, insurance and securities markets supervision under a single regulatory body is a judicious step in the right direction and may pave the way to such realignment.".

[371] Sobre esta material V. MWENDA, Kenneth Kaoma, *Legal aspects of financial services: regulation and the concept of a unified regulator,* The World Bank, Washington, 2006.

[372] STIGLITZ, Joseph E. [1986:79]: "Opponents of regulations on information disclosure content that they are unnecessary (the competitive market provides incentives for firms to disclose relevant information), irrelevant (consumers pay little attention to the information the law requires firms to disclose), and costly, both to government, which must administer them, and the firms, which must comply with the regulations.".

[373] Também ela controversa. Há quem defenda que o custo de fiscalizar esta proibição supera os custos para o mercado da sua utilização, os quais são considerados diminutos, pois que a própria conduta do *inside-trader* acaba por ser fonte de *informação* (da mesma informação que lhe dava uma posição privilegiada) para os restantes operadores. Neste sentido V. ESTRADA, Javier, "Insider trading: regulation, securities markets, and welfare under risk aversion", *Essays in Law and Economics III*, (ed. Dirk Heremans, Herman Cousy), Maklu Uitgevers, Antuérpia, 1996, p. 101 e

iniciativa pública fixar as regras sobre informação necessárias à atenuação dos custos de transação acrescidos[374].

Estes custos são especialmente acentuados no contexto de práticas e produtos complexos, de que são exemplos os agora muito mal vistos produtos derivados ou a chamada venda a descoberto ou *short-selling*[375].

Existindo ainda a necessidade de evitar a tentação de dar aos consumidores informação da qual não necessitam para a tomada de decisão, ou que não estão disposto a considerar[376].

---

102: "... society should not waste resources in preventing insiders from trading on the basics of their private information. Regardless of the public perception about insider trading, I have shown that its restriction imposes mores costs than benefits. Thus, the elimination of ITR would ultimately result in a reallocation of resources to a more efficient use and in a subsequent increase in social welfare. And that is what economics is all about.".
V. ainda CATARINO, Luís Guilherme, *Informação: utopia: realidade e intervenção pública*, Wolters Kluwer, Lisboa, 2009, Separata de Direito dos Valores Mobiliários, Vol. 10, pp. 65-112, em especial pp. 108 e ss..

374 Cf. HARRISON, Jeffrey L. [1998:242] : "A great deal of the regulation encountered on a day by day basis concerns government efforts to respond to transaction costs.".

375 Sobre esta figura V. SILVA, Paula Costa e, *As operações de venda a descoberto de valores mobiliários*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

376 Cf. BEALES, Howard et al.: "The efficient regulation of consumer information ", *Journal of Law & Economics*, Ano 24, n.º 3, University of Chicago Press, 1981, republicado *in Regulation, Economics and the Law*, (ed. Anthony I. Ogus), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 137, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001, p. 160: "Regulations have been criticized as costly, economically irrational, rigid, and paternalistic. (…) increased interest in techniques which ensure that consumers have sufficient information to protect themselves against unsafe products or unfair seller behavior.". Aqueles autores defendem antes (*idem, ibidem*, p. 182) "Remedies which simply adjust the information available to consumers still leave consumers free to make their own choices, thus introducing less rigidity into the market.".
No mesmo sentido V. SUSTEIN, Cass R., *Free markets and social justice*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 284: "…there is a risk of information overload, causing consumers to treat a large amount of information as equivalent to no information at all. (…) … if producers are prohibited from advertising, unless they eliminate all potential deception of offer strong substantiation for their claims, they might not advertise at all.".

Nesta matéria em particular tem de ser ainda tido em conta o papel das agências de notação enquanto não apenas mediadores ou agregadores de informação[377] mas como verdadeiros agentes de produção de informação, cuja qualidade é muitas vezes duvidosa[378].

---

[377] V. FRANCO, Raquel, *A relevância da informação nos mercados financeiros e o papel das agências de notação de risco de crédito,* policopiado, Lisboa, 2009.

[378] Basta pensar no papel que as agências de rating desempenharam, primeiro, na crise de 2008 e, depois, na crise das dívidas soberanas na Europa.

# 5. O Estado Produtor

Os Estados Europeus, na sequência da II Guerra Mundial e do Plano Marshall enfrentaram o colmatar de certas falhas de mercado – e mesmo de situações que não configuram, exactamente, uma falha de mercado[379] – assumindo directamente a obrigação de produção de certos bens e de prestação de determinados serviços[380].

Foi a era do Estado Produtor (que veio completar o Estado Providência[381]), que trouxe importantes alterações na relação entre o Estado e a Economia[382].

---

[379] Cf. VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico – a Ordem Económica Portuguesa*, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, Limitada, 1987, p. 24: "A segunda guerra mundial renova e amplia as preocupações postas ao Estado na primeira guerra mundial. Durante o conflito, desenvolve-se uma planificação económica de guerra. (...) Esse alargamento corresponde, na verdade, a um retorno à valoração ético-axiológica da dimensão das tarefas do Estado na efectivação das condições materiais e objectivas potenciadoras da realização do indivíduo.".
O Estado como planejador da Economia nunca se afirmou como eficiente. Para um bom exemplo das razões dessa ineficiência cf. LOUREIRO, F. Maia, *Da crise actual – economia dirigida*, Livraria Bertrand, Lisboa, 1920(?), p. 264: "A maior vantagem da economia dirigida é precisamente a possibilidade que há de conhecer o regime óptimo, por meio de experiências sucessivas.".

[380] Cf. BROCARD, Lucien, *Les conditions générales de L'activité économique*, Recueil Sirey – Paris, 1934, dá conta de preocupações paralelas após a I Guerra Mundial, da qual os Estados sairam « ...avec la préoccupation qui s'affirme de plus en plus nettement, depuis de la guerre, de donner une direction générale à l'activité économique." (p. 304).

[381] LOPES, Fernandino, "O Estado entre a regulação e o mercado", *Revista de administração local*, Lisboa, 2003, p. 169: "...por via da institucionalização do Estado de direito, se assistiu, ainda há menos de cem anos, nas mencionadas sociedades democráticas ocidentais, a um alargamento considerável das suas funções, através do que se designaria por Estado-Providência, abrangendo desde as áreas económicas até às sociais, tais como o acesso generalizado à educação, saúde e justiça, ".

[382] V. VIEIRA, José Ribas, *Teoria do Estado (A Regulação Jurídica)*, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1995, p. 24: "É de fácil constatação que o surgimento do Estado de Providência (Welfare State) nos países altamente industrializados acabou impondo um novo formato no modo da regulação jurídica.".

Na última década e meia este papel tem sido progressivamente abandonado[383] (dando origem a um vasto e impressionante programa de privatizações[384][385]) em favor de um modelo em que o Estado, ao invés de participar no mercado como produtor (muitas vezes monopolista[386]) se assume como árbitro, já não envolvido directamente no *jogo*[387].

Na Europa[388], tradicionalmente, perante uma falha de mercado, o Estado optava por intervir produzindo, isto é, assumindo, por meio de um monopólio (em

---

[383] Cf. CHEVALLIER, Jacques, "La régulation juridique en question", *Droit et Société*, n°149, Paris, 2001, p. 829: "La régulation implique aussi une *conception nouvelle de l'État.* Indissociable de la crise de l'État providence, la régulation implique que l'on passe d'un « État producteur ", assurant la gestion directe d'activités économiques, à un « État régulateur"". Numa perspectiva algo diversa consulte-se LOBO, Carlos Baptista, "A função de actuação económica do Estado e o novo regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas municipais", *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. FERREIRA, Eduardo Paz), Almedina, Coimbra, 2000.

[384] Cf. SLOMAN, John, *Economics*, 4.ª edição, Prentice Hall – Pearson Education, 2000, p. 359: "Other countries have followed similar programmes of privatisation in what has become a worldwide phenomenon".

[385] V. LÉRIAS, Gervásio, "Evolução do Sector Empresarial do Estado ",*Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado*, (org. FERREIRA, Eduardo Paz), Almedina, Coimbra, 2000.

[386] MORAIS, Luís [1990], p. 79, recomenda cautelas quanto a "prolongar uma situação de ausência de concorrência, com a agravante de o Estado abdicar de um controle dos abusos que a situação do monopólio ou oligopólio pode gerar".

[387] V. PANOZZO, Fabrizio, *Dalla Produzione alla Regolazione – L'Evoluzione dell'intervento pubblico nell'economia*, CEDAM, Pádua, 2000, pág. 121 e BANI, Elisabetta, *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti – spunti per un'analisi unitaria*, G. Giappichelli Editore, Turim, 2000, p. 16 "... abbandonare il modello di intervento pubblico in economia basato sulla potestà di direzione e controllo, a favore di interventi caratterizzati essenzialmente dallo svolgimentodo un'attività di regolazione dei fenomeni economici.".
V. BOY, LAURENCE, "Réflexions sur «le droit de la régulation»: à propos du texte de M.-A. Frison-Roche", Recueil Le Dalloz, Cahier droit des affaires, Dalloz, Paris, 2001, p. 3038 : "En réalité la régulation est déterminée par le rôle de l'État soit qu'il décide de ne pas intervenir, soit qu'il ne puisse pas intervenir parce que le système est trop complexe et déborde le cadre étatique".
[388] Mas já não nos Estados Unidos da América. V. VISCUSI, W. Kip, et al, [1998:372].

regra) estatal e e uma empresa pública[389] a produção do bem ou serviço no mercado de monopólio natural[390].

O mesmo se passava quanto a algumas actividades geradoras de externalidades positivas (v.g. ensino universitário) ou negativas (v.g. refinação de petróleo).

Portugal não é excepção nesta matéria[391] e ainda hoje muitos sectores[392] descritos como monopólios naturais de base estrutural (v.g. transporte ferroviários, electricidade, etc.) estão ocupados com monopolistas públicos, pese

---

[389] De notar que se distingue o conceito de intervenção por meio de unidade produtiva do conceito de empresa pública. Neste sentido V. CORDEIRO, António Menezes, *Direito da Economia*, AAFDL, Lisboa, 1986, p. 243: "O controlo, pelo Estado, de unidades produtivas, é antigo; a ideia de empresa pública, no entanto, apresenta-se recente.".

[390] V. LEITE, António Nogueira, *A Regulação em Portugal*, Conferências ERSE, ERSE, Lisboa, (2000), p. 131 e ss..

[391] Embora em Portugal muitas nacionalizações tenham sido feitas por motivos ideológicos numa dada época, a que correspondeu, posteriormente, um movimento de privatizações, que de certa forma dificultam a percepção, em alguns casos, da *ratio* da decisão: tratava-se de suprir uma falha de mercado ou de cumprir um programa ideológico? Subscrevendo claramente a segunda tese, e retirando daí consequências quanto ao regime de indemnizações então criado, cf. SOARES, Fernando Luso, *Nacionalizações: inconstitucionalidades e justa indemnização*, S/E, Lisboa, 1987.
Como ensina BILHIM, João, *Reduzir o insustentável peso do Estado para aumentar a leveza da Administração*, "Revista de Administração e Políticas Públicas", Braga, 2000, p. 20: "O Estado Providência apostava no alargamento das prestações sociais e o Estado produtor assumia-se, em todo o seu esplendor, em nome do "serviços público". Isto, de acordo com a tradição francesa, ou em nome das "public utilities", de tradição anglo-saxónica. Este movimento, porém, só chegou a Portugal com a Revolução de Abril.".

[392] A abrangência da actuação do Estado não é um caractere específico do caso português. Cf. CARNEVALE, Maria Adelaide Venchi, *Diritto Pubblico dell'economia,* volume I, Cedam, Milão, 1999, p. 35: "Di qui il grande rilievo dell'iniziativa pubblica nell'attività economica e – come si è detto – l'assunzione diretta da parte degli Stati di attività imprenditoriali nei settori più svariati.".

embora o movimento de recuo da intervenção pública[393], que se tem vindo a registar nesta matéria e de que daremos breve nota *infra*.

A ideia central nesta opção é a de que, se o monopólio for detido e gerido pelo Estado, é possível evitar qualquer tentativa de preços monopolistas e aproximar naturalmente os objectivos da empresa dos objectivos da sociedade.

Concomitantemente, se for o Estado a controlar a produção geradora de externalidades as mesmas aproximar-se-ão dos níveis de óptimo social.

Trata-se, afinal, de uma modalidade de auto-regulação pela empresa estatal[394][395]. Sem que o Estado tenha de se preocupar com o controlo da sua actividade[396].

---

[393] Importa, contudo, como caucionam GRAHAM, Cosmo e Tony Prosser, *Privatizing public enterprises: constitutions, the state and regulation in comparative perspective,* Oxford, 2003, p. 175: "realize that privatization, in the sense of selling public sector assets, and liberalization, subjecting industries to competitive forces, are conceptually distinct.".

[394] Cf. FRANCIS, John G., *The Politics of Regulation – A Comparative Perspective*, Blackwell, Oxford, 1993, dessas empresas eram mesmo conferidos certos poderes de autoridade típicos das autoridades administrativas, como seja o caso do poder de emitir regulamentação técnica, de levantar autos de notícia e aplicarem coimas (actualmente contra-ordenações), para o que eram os seus agentes ajuramentados qual agentes administrativos, entre outros.

[395] Sobre o conceito de empresa pública V. DUARTE, António Pinto, "Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas", in *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. FERREIRA, Eduardo Paz), Almedina, Coimbra, 2000.

[396] Criticamente Cf. NEIRA, César Carlos, *Entes Reguladores de Servicios – La defensa del usuario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 22: "Si los servicios se prestan directamente por el Estado la función de contralor se convierte en vigilancia directa que debe ejercerse con el mismo rigor que se emplea en los concesionarios.".

Actualmente são muitas as vozes que criticam este tipo de solução por se considerar, no geral, que a intervenção estatal deste tipo gera, ela própria, ineficiências tão ou mais graves quanto aquelas que visa colmatar.

Essa ineficiência genética[397] das empresas públicas (que leva, na doutrina, a designação de *X-Inefficiency*[398]) deve-se, para a maioria dos autores que estudaram a questão, a um conjunto diversificado de causas.

O facto de, décadas depois cunhado o termo e fixado o conceito, estejam por ser apresentados cálculos sobre o valor concreto do *X* não pode deixar também de ser valorado.

As razões normalmente apresentadas para a existência do mencionado diferencial passam, em primeiro lugar pel acircunstância de, nas empresas públicas, desaparecer desde logo o incentivo particular da apropriação do lucro[399].

Os gestores públicos, em regra, não estão focalizados na obtenção de lucro[400] o que prejudica a eficiência interna da empresa, que já por si, uma vez que

---

[397] Que "autoriza" afirmações como as de v.g. STIGLITZ, Joseph E. [1997: 394]: "There are problems with public owner-ship, however. Governments often are not particularly efficient as producers. (…)".

[398] Designação originalmente avançada por LIBENSTEIN, Harvey J., "Allocative Efficiency vs. X-Efficiency", *American Economic Review*, Vol. 56, 1996, p. 392 e ss..

[399] ARAÚJO, Fernando [2012: 606 e ss.] salienta que a: "opção pela nacionalização, pela estadualização dos agentes económicos, envolv[e] a possibilidade de enfraquecimento dos incentivos para o controle dos custos, que vêm normalmente associados à possibilidade de apropriação particular dos lucros.".

[400] Notoriamente, as empresas públicas, mesmo as deficitárias, têm níveis salariais muito acima da média – e não apenas ao nível da gestão de topo -, para além de uma panóplia de benefícios adicionais. Isto deve-se, em parte, ao facto de os sindicatos que representam os trabalhadores

é monopolista, poucos incentivos tem para maximizar o lucro, nomeadamente por via da redução de custos[401].

Em segundo lugar, os gestores e os objectivos de gestão são muitas vezes escolhidos com base em critérios de conveniência política e não de adequação técnica às funções e sectores em causa[402].

Também por isso assiste-se, por vezes, a uma excessiva instrumentalização política[403] de empresas públicas[404], desviando-as da conduta subjectivamente mais correcta em nome da prossecução de outro tipo de políticas[405], com um custo assinalável.

---

desses sectores sentirem – com razão – que os gestores públicos são mais maleáveis em matéria de aumento salarial, uma vez que a maximização do lucro não é um objectivo.

[401] Na medida em que, como *price maker*, pode passar esses custos para os adquirentes do bem ou serviço em causa. Ou, alternativamente, quando lhe sejam impostas obrigações de preços máximos, acumular passivos "justificados" com o facto de estar a fazer serviço público não adequadamente remunerado.
Dai a especial necessidade de regulação destas actividades. Cf.DENIS-JUDICIS, Xavier [1998 :154] : "le développement des privatisations d'entreprises exerçant des activités qualifiées de «service public" nécessite la mise ne place d'instances de régulation chargées de définir les conditions de concurrence dans le secteur. ".

[402] Cf. LOPES, José da Silva [1996:320] "é difícil negar que a deficiente qualidade de gestão explica também uma grande parcela dos resultados tão insatisfatórios das empresas do sector empresarial do Estado.".

[403] Nomeadamente por via do mecanismo da tutela. V. MORAIS, Luís D. S., "As relações entre o Estado e as empresas públicas na sequência da aprovação do Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro", *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. FERREIRA, Eduardo Paz), Almedina, Coimbra, 2000.

[404] Cf.VAZ, Manuel Afonso [1987:212]: "uma excessiva ingerência do Ministro ou Ministros competentes na administração das empresas públicas destrói a iniciativa e as responsabilidade dos seus gestores.".

[405] V. AA.VV., *The Elgar Companion to Law and Economics*, ed. Jürgen G. Backhaus, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1999, p. 191: "Public enterprises are specific instruments of economic policy".

De facto, as empresas públicas podem ser por vezes usadas como veículo para aquisição de participações financeiras que não lhes interessam directamente, ainda que tenham interesse estratégico para o Estado, para a realização de investimentos de retorno financeiro duvidoso mas com mais-valias políticas associadas[406] ou mesmo, em situações-limite, como centro de imputação de custos da própria Administração Pública[407].

Em terceiro lugar, as empresas públicas tendem a burocratizar-se, isto é, a sua proximidade ao Estado leva a que partilhem alguns dos problemas em termos de rapidez de decisão, transparência e capacidade de resposta em tempo útil às alterações no mercado[408].

Para tal não deixa de contribuir, também, o acesso de muitas dessas empresas a fundos comunitários, o que gera uma série de obrigações em termos de organização económico-financeira e contabilista.

Recentemente, e no que ao contexto europeu respeita, algumas destas empresas (as que actuam nos domínios com características de monopólio natural)

---

[406] V.g. STIGLITZ, Joseph E.[1997: 394]: "Political pressure may affect where public utilities, for example, locate their plants.".

[407] Existem mesmo casos em que determinados estudos, cuja necessidade é sentida pela Administração Central, são efectuados e pagos por empresas públicas no mesmo sector de actividade, atendendo às restrições orçamentais sentidas pela primeira. De facto, não contando o défice do subsector empresarial para o cumprimento do Pacto de Estabilidade e Crescimento existe a tentação de alocar neste subsector o máximo possível de endividamento.

[408] Sobre as consequências deste aspecto no modelo de organização das empresas públicas V. COLSON, Jean Philippe, *Droit public économique,* 3.º Edição, L.G.D.J., Paris, 2001, em especial pp. 287 e ss..

foram ainda sujeitas a regras de contratação pública próximas das da Administração Central, com os custos que se conhecem em termos de falta de celeridade e empolamento dos preços[409].

Por outro lado, ao impor a essas empresas a prossecução do interesse público[410] e ao eximir-se de as compensar a nível tarifário ou de compensações por serviço público o Estado demite-se dos seus deveres como cliente e accionista.

Na prática, a gestão das empresas públicas – por estes e outros factores – é ameaçada por factores de ineficiência[411] que, quando se confirmem é socialmente mais injusta do que a que seria gerada por um monopolista privado[412].

Por fim, está insuficiente estruturado um modelo de governação das empresas públicas que permita mitigar alguns destes riscos, sendo os mesmos definidos, muitas vezes, sem que se compreendam outros motivos que não os de

---

[409] É o caso português, com o Código da Contratação Pública.

[410] Já na década de 50 se atribuía ao conceito de interesse público uma indefinição e instrumentalização excessivas. Como explica ANGELOPOULOS, Angelos, *Planisme et Progrès Social*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1953, p. 22 : «La notion de " l'intérêt public" est réajusté aux intérêts de "classe dirigeante". L'état mercantiliste, l'état bourgeois, l'état capitaliste, l'état fasciste, l'état communiste, l'étés socialiste, accusent la transformation profonde de l'économie et de la société, la succession permanente au pouvoir d'une classe sociale à une autre et la réadaptation continuelle des objectifs de l'État." .

[411] Gerando défices de exploração mesmo em actividades cuja óbvia viabilidade económica diria estar ao abrigo desse tipo de problemas. Veja-se o caso da Empresa Municipal de Estacionamento de Lisboa, que cobra pela utilização de uma infra-estrutura que não adquiriu e tem apresentado resultados deficitários.

[412] Na medida em que os preços monopolistas afectam os consumidores do bem ou serviço em causa ao passo que os défices das empresas públicas são, de forma directa ou indirecta, suportados por via da receita fiscal gerada por todos, sejam ou não utilizadores do serviço.

mimetismo das soluções das empresas privadas, como se as mesmas, por si só, permitissem resolver os desafios que são específicos das empresas públicas[413].

Sendo certo que estão também presentes perigos identificados a propósito dos monopólios naturais, como a falta de inovação[414].

Neste contexto, bem se compreende que a solução esteja em crise, mesmo na Europa, onde em tempos foi quase um *standard* de actuação nestas matérias[415].

Em Portugal, o défice do sector empresarial do Estado reflecte bem esta crise generalizada.

De notar que tais falhas são normalmente atenuadas pela sujeição, na medida do possível, e sem mimetismos irreflectidos ou aplicação acrítica, das empresas públicas a princípios de gestão privados e à legislação comercial[416].

---

[413] Cf.OCDE, *Gouvernance des entreprises publiques*, OCDE, Paris, 2005. Portugal está omisso no estudo, mas os problemas fundamentais não são especificamente diversos. Para uma visão mais optimista destes modelos, agregados na designação de New Public Managment, V. RODRIGUES, Nuno Cunha, *Breves Notas em torno do estatuto do gestor público: a caminho do new public management?*, separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, p. 379-434, Coimbra Editora, Lisboa, 2006, pese embora o autor salvaguarde (a pp. 427 e ss.) as dificuldades de implementação de um modelo de raíz privada ao exercício de funções públicas.

[414] Cf.TATCHER, Mark, *Better the regulation of Telecommunications in Europe*, European Policy Forum, Londres, 2000, p. 3: "In Britain, public ownership and monopoly in telecommunications have been associated with lack of investment and inadequate supply"

[415] Pese embora "It came to be realized that the regulation of private-sector monopolies was as just a difficult as ensuring the efficiency of such industries when they were in the public sector." (DUNNETT, Andrew [1998:256]).

[416] É o caso em Portugal. Cf.o Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, v.g., o artigo 15.º.

Bem como podem ser um contributo a imposição de princípios de gestão que reflictam preocupações de viabilidade económica e equilíbrio financeiro em moldes próximos dos privados[417].

Os resultados práticos dessas intenções são, contudo, pouco visíveis, mantendo as empresas públicas as características que acima assinalámos, mesmo após sucessivas reformas.

Importa ainda ter presente que nem sempre é possível traçar uma distinção clara entre gestão pública em moldes privados e gestão privada subordinada ao interesse público[418].

Quando, na presença de um bem público *puro* que não admita nenhuma das soluções alternativas a produção pública pode ser defendida.

A ela será, normalmente, preferível a modalidade de concessão a privados ou a pura e simples compra de serviços. Tal não é, contudo, sempre possível, especialmente quando estão em causa funções tipicamente de soberania, em que a gestão privada não é de admitir (v.g. defesa nacional). Nesses casos terá de se admitir que existe ainda um espaço para o Estado-produtor.

---

[417] Nesta material em particular o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro constitui um recuo face ao regime anterior – aprovado pelo Decreto-lei n.º 260/76, na medida em que não consagra os princípios de gestão equilibrada de forma expressa. O mais recente Decreto-Lei Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro pouco alterou este aspecto em particular.
Para uma descrição deste último regime V. FRANCO, António L. de Sousa, *Finanças do Sector Público – Introdução aos Subsectores Institucionais*, (reimp.), AAFDL, Lisboa, 2003, págs. 250-251.

[418] Cf. TAVARES, José F. F. "A ponderação de interesses na gestão pública vs. gestão privada" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

É ainda de referir a particular situação do sector dos jogos de fortuna e azar e outro tipo de apostas, em que o papel do Estado é ainda misto[419].

E áreas marcadamente sociais como a Educação[420], Saúde e Segurança Social em que o papel do Estado é ainda evidente, e pode ser prosseguido por via directa, como é a tradição em Portugal para as áreas da Educação ou Segurança Social ou, em alternativa, através da constituição de empresas públicas (como acontece com a generalidade dos Hospitais).

Outra das restrições à actuação do Estado é, no contexto das políticas europeias, o regime dos auxílios de estado que, pese embora as suas recentes evoluções[421], discrimina materialmente as empresas públicas[422] pese embora a regra de neutralidade sobre a propriedade dos meios de produção desde sempre inscrita nos tratados[423].

---

[419] V., por todos, FERREIRA, Eduardo Paz, "Algumas considerações sobre o papel do monopólio público do jogo no quadro das modernas finanças públicas", separata de *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra Editora, Lisboa, 2000.

[420] V., por exemplo, SHELLY, Bryan Thomas, *The paper link: money, control, and equity in public school finance*, ProQuest, Ann Arbor, 2005.

[421] V. FREIRE, Paula Vaz "O reforço da análise económica na avaliação dos auxílios estatais com o mercado comum", separata de *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correira*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, em especial pp. 673 e ss.

[422] Não acompanhamos, portanto, a afirmação de que "a interpretação extensiva do conceito de auxílio público (…) [obriga], até certo ponto, a um novo entendimento sistemático do princípio previsto no art. 222.º e afectam indirectamente a sua «prioridade lógica" sobre as outras disposições de Direito Económico (cf.MORAIS, Luís D. S., *O Mercado Comum e os auxílios públicos – novas perspectivas*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 97).

[423] Cf. PINA, Carlos Costa, "A reforma do regime das empresas públicas, o direito comunitário e o direito da concorrência", *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. Eduardo FERREIRA, Eduardo Paz), Almedina, Coimbra, 2000 e CORREIA, Carlos Pinto, "O novo regime do

À falta de neutralidade das regras sobre auxílio de Estado soma-se, naturalmente, as limitações à criação de qualquer tipo de estímulo a indústrias específicas (os normalmente designados campeões nacionais[424]).

Especialmente quando a Comissão "tende a apreciar favoravelmente as participações públicas no capital de empresas, no quadro da preparação de projectos de privatização ou, no mínimo, de abertura ao sector privado"[425].

Uma neutralidade pouco neutral, portanto, assente na excepcionalidade, em sede monopólios fiscais e serviços de interesse económico geral, com recusa de um papel mais abrangente do Estado Produtor[426].

Por todos estes motivos a solução tem perdido expressão na Europa e em Portugal.

---

sector empresarial do Estado e o direito comunitário" *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. FERREIRA, Eduardo Paz), Almedina, Coimbra, 2000.

[424] V. SOARES, António Goucha, "A questão dos chamados campeões nacionais no direito comunitário da concorrência" *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra, 2010, salienta, contudo que, do ponto de vista do controlo das concentrações, a repartição de competências existente permite ainda aos Estados alguma margem de manobra, concluindo (pp. 42) que "Os Governos nacionais dispõem de ampla margem de actuação no favorecimento dos chamados campeões nacionais, em especial nos casos (…) em que subsistam mecanismos de recurso extraordinário para órgãos governativos de decisões proferidas por aquelas entidades [independentes]". Já do ponto de vista do regime dos auxílios de Estado, existem outras dificuldades, já mencionadas *supra*.

[425] MORAIS, Luís D. S., [1993:127].

[426] Cf. MASCATE, Ana Luísa, *Auxílios de Estado e Constituição Económica Europeia: o sistema europeu de controlo de auxílios de estado no contexto da constituição económica europeia*, policopiado, Lisboa, 2004.

A recente publicação do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro que veio rever todo o regime do sector empresarial do Estado traduz mais um movimento de consolidação do que de ruptura com as regras anteriormente vigentes como fomos assinalando[427].

[427] Tal como tinha já acontecido, aliás, com o Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março.

# 6. O Estado Regulador

Não sendo uma realidade recente[428] no contexto mundial[429] a Regulação Económica surge, nos países de tradição continental, incluindo Portugal, como uma experiência relativamente recente, que se presta mesmo a um tratamento de conjunto, face à sua génese comunitária[430].

Não tão recente, contudo, que se não possa desde já incluir na análise desta figura, a par da centenária experiência anglo-saxónica a – comparativamente – jovem experiência europeia[431].

Não é possível tratar esta matéria sem dar alguma visibilidade (e proceder a uma avaliação crítica) das entidades reguladoras sob a forma de entidades administrativas independentes[432].

---

[428] Em sentido diverso V. BOY, Laurence, [2001:3031] : "La notion de régulation est relativement nouvelle dans la science juridique.".

[429] A origem do fenómeno é normalmente associada às experiências americanas e inglesa do final do século XIX e de inícios do século XX (Cf.CARDOSO, José Lucas, "Autoridades Administrativas Independentes e Constituição", Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 15 (2)), em particular a partir da aprovação do Interstate Commerce Act (1887), como sublinha FERREIRA, Eduardo Paz, "Direito da Economia", (reimp.), AAFDL, Lisboa, 2003, p. 395.

[430] Quanto a este aspecto V., por todos, FERREIRA, Eduardo Paz [2003:399].

[431] Não se menosprezando, obviamente, as experiências de outros quadrantes, como a "Light Regulation" neozelandesa ou a interessante experiência brasileira. Para uma resenha desta última V., por todos, FERREIRA, Sérgio de Andréa "Direito da Regulação Económica: A Experiência Brasileira", *Globalização e Direito, Stvdia Ivridica, n.º 73 – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 e SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*, 4.ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, em especial páginas 437 e ss..

A moderna regulação económica surge com a criação, nos Estados Unidos da América, em 1889, da Interstate Commerce Commission enquanto entidade autónoma[433], para regular, *maxime*, o transporte ferroviário[434].

E não, como muitos autores apontam[435], com a aprovação do Sherman Act em 1890, sendo que a Federal Trade Commission surgiria apenas em 1914.

O modelo surge, naquele país, como resposta a um sentimento generalizado de que a intervenção estatal deveria ser reduzida à mínima forma possível. O individualismo, a liberdade de comerciar e a apologia do mercado são valores intrínsecos da sociedade norte-americana.

Depois deste primeiro momento foram criadas inúmeras agências independentes com mandatos típicos de regulação[436].

---

[432] A que a doutrina se refere também com Autoridades Administrativas Independentes. A questão terminológica não é a mais importante.
Parece-nos, contudo, que o conceito de Entidades Administrativas Independentes (que é o vertido, v.g., no artigo 48.º n.º 1 alínea f) da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro) se refere a uma categoria mais vasta, abrangendo todas as instâncias administrativas dotadas de certas características de autonomia, respeitando o conceito de Autoridades Administrativas Independentes àquelas que, dentro daquelas, têm funções de regulação económica. Utilizaremos, portanto, e preferencialmente, esta última expressão.

[433] A ICC existia já desde 1887, mas inserida no Departamento do Interior.

[434] Para uma descrição das competências da ICC V. EISNER, Marc Allen, Jeff Worsham e Evan J. Ringquist, "Contemporary Regulatory Policy", Lynne Rienner, Londres, 2000, págs. 35 e ss..

[435] Assinalando este mesmo facto V. FERREIRA, Eduardo Paz [2003:395].

[436] Para um elenco das dezenas de experiências em causa V. EISNER, Marc Allen et al. [2000:37 e ss.].

O panorama, no que aos EUA concerne, manteve-se largamente inalterado durante a primeira metade do século XX, tendo atravessado incólume a I Guerra Mundial, a Grande Depressão e a II Guerra Mundial.

É a partir dos anos 60 nos EUA que se começa a notar, na sequência das fortes críticas que lhe iam sendo feitas, a evolução do modelo regulatório para formas mais aperfeiçoadas, tendo-se substituído muitas vezes uma regulação fortemente interveniente e intrusiva no mercado por uma regulação mais próxima dos mecanismos de mercado (a chamada desregulação ou, mais apropriadamente, re-regulação).

Na Europa, e em Portugal[437], o fenómeno tem contornos diferentes e é bastante mais recente[438] e surge muitas vezes associado a uma ruptura com o modelo do Estado Produtor. Tal nem sempre é, contudo, verdade, casos existindo em que as duas situações coexistem[439] (ainda que a título transitório).

Na Europa o fenómeno regulatório como forma generalizada de relação entre o Estado e a Economia surge, portanto, apenas a partir dos anos 70 (com a excepção do caso inglês), muito associado às privatizações e quase sempre impulsionado por legislação aprovada a nível comunitário[440].

---

[437] Cf.V. FERREIRA, Eduardo Paz, [2010 (b):35 e ss.].

[438] Cf.GERARDIN, Damien [2000:10]: "Compared with the United States, where independent regulators have been put in place since the New Deal period, EU Member States have had until recently little experience in terms of regulating industries by independent agencies.".

[439] É o caso, em Portugal, do sector do transporte ferroviário e, parcialmente, da Banca, da Electricidade, das Águas, entre outros.

[440] Muitas vezes discutível, na medida em que parece existir uma intromissão excessiva na esfera de liberdade dos Estados-membros. Neste sentido V. ARMSTRONG, Kenneth A., *Regulation, deregulation, re-regulation*, Kogan Page, Londres, 2000, p. 6: "In the light of the subsidiary

O que confere alguma lógica de conjunto à experiência europeia, sem que se possa defender existirem, actualmente, condições para uma regulação federada[441].

Pese embora a mesma tenha vindo a crescer nos últimos anos o que, face ao que expusemos a propósito do princípio da subsidiaridade, oferece dúvidas[442].

Ainda assim legislação comunitária foi decisiva na criação de entidades reguladoras, entre outros, nos sectores das telecomunicações[443], electricidade, águas, transportes[444].

---

principle, for example, simplification may entail a limitation on the activities of the Community's legislative institutions.".

[441] Cf.MAJONE, Giandomenico, "The future of regulation in Europe", *Regulating Europe*, (ed. Giandomenico Majone), Routledge, Londres, 1996(b), p. 281: "subsidiarity unaccompaigned by a change in national attitudes and behaviour is not sufficient to resolve the dilemma of regulatory federalism.".
Existe, contudo, quem identifique na jurisprudência do Tribunal de Jsutiça das Comunidades Europeias um embrião de um tal federalismo. Cf. SCHEPEL, Harm, "Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: towards a procedural public interest test", *Common Market Law Review*, Dordrecht, 2002, p. 51: "Albeit very implicitly, the Court has fashioned a public interest test that transforms Community competition law into a rudimentary set of procedural norms of good governance for private regulation.".

[442] Cf.MAJONE, Giandomenico, "La Communauté européenne, un État régulateur " (trad. Jean-François Baillon), Montchrestien, Paris, 1996 (c), p. 52: "Comment expliquer la croissance continue de la régulation communautaire, même en l'absence de mandats juridiques explicites? ".
Há quem identifique mesmo uma relação entre a assumpção de competências a nível comunitário e a sua neutralização política. Cf. GONÇALVES, Maria Eduarda, *Direito de informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 35: "No contexto europeu, a erosão da soberania tem sido, porém, acompanhada pelo desenvolvimento de uma nova instância ou "estado regulador" (*regulatory state*), como lhe chama Majone (Majone, 1996:55).".

[443] Cf.FERREIRA, Eduardo Paz, "Serviços de interesse económico e europa social: o caso das telecomunicações", separata de *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Volume 4, p. 603-618, Almedina, Coimbra, 2010, em especial pp. 613 e ss e CABO, Sérgio Gonçalves do, "Regulação e Concorrência no sector das comunicações electrónicas" *in* Regulação em Portugal:

Pelo momento em que surge, a experiência europeia coincide já com a segunda geração de regulação nos Estados Unidos da América.

Surpreendentemente, contudo, o mimetismo que poderia ser vantajoso, no sentido de não se cometerem os erros associados à primeira geração de regulação económica por entidades independentes nem sempre se verificou, tendo a Europa adoptado soluções há muito postas em causa pela experiência norte-americana[445].

Por outro lado, no contexto europeu, e pese embora uma certa matriz comum de que já falámos, não existe uma macro-estrutura federal, o que introduz importantes diferenças na análise comparativa que se deve fazer[446].

---

Novos tempos, novo modelo?, (org. Eduardo FERREIRA, Eduardo Paz, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra, 2009.

[444] V. LA SPINA, Antonio, e Giandomenico Majone, *Lo stato regolatore*, Il Mulino, Bolonha, 2001, pp. 227 e ss.

[445] Cf."Progress towards the Unification of Europe", Banco Mundial, Washington, 2000
"Those countries that have lagged behind in economic reforms could benefit from the lessons o experience of [those] that have advanced more in the transition agenda.", p. 4.
O equívoco não é exclusivo da Europa. V., neste sentido, CAL, Arianne Brito Rodrigues, *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, quando afirma, a p. 74: "Curioso é perceber que o Brasil, ao decidir importar [dos E.U.A.] o sistema de agências, não o introduziu na forma já evoluída do país de origem, com as mudanças já efectuadas naquele lugar mas, pelo contrário, decidiu introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o instituto nos moldes inicialmente concebidos.".

[446] V. ARMSTRONG, Kenneth A. [2000:33] " … there does not yet seem to be a multi-level constitutionalism that is adequate to the task of conceiving of the EU as a system of multi-level governance.".
Já BERMANN, George A., *Regulatory federalism: European Union and United States*, "Recueil des cours", Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1997, p. 73, parece sustentar posição diversa, defendendo que "The principle of subsidiarity states an abstract proposition about the allocation of regulatory authority in a divided-power system.".

Neste contexto, e apesar de focarmos especialmente esta nova geração de modelos regulatórios surgida já na segunda metade do século XX, a que alguns chamam a *nova regulação*, não deixaremos de ter em conta a primeira geração de experiências, a que alguns chamam a *velha* regulação[447], quando as mesmas mantenham paralelismo com situações actuais.

No presente o conceito de regulação, especialmente o de regulação económica, fazendo honras à realidade que lhe subjaz é de difícil determinação[448], adoptando os vários autores, confrontados com a necessidade de empreender nesse sentido, definições díspares, normalmente condicionadas pelo seu ponto de vista particular do fenómeno[449].

---

Veja-se o caso concreto da dificil articulação em matéria de direito da concorrência, bem sintetizado em FÉTEIRA, Lúcio Tomé, "Regulation 1/2003 and the interplay between european and national competition laws", separata de *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Volume 4, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 639-668.

[447] Sendo certo que, com esta nomenclatura, o modelo de intervenção clássico, por meio de instrumentos administrativos puros e através da administração directa do Estado teria de receber o nome de *velhíssima regulação*.

[448] Para uma análise etimológica da expressão regulação V. FERREIRA, Sérgio de Andréa [2003:65] e ainda SOUTO, Marcos Juruena Villela [2001:437]. BOY, Laurence [2001:3031] explica algumas interessantes variações terminológicas entre os vários países : « La recherche repose donc sur un approfondissement sémantique de la régulation (*régulation* signifiant paradoxalement en anglais réglementation), de la réglementation et du mot anglais *regulatory*. (...) ".
Para CROZET, Yves,*Analyse économique de l'État*, 2.ª Edição, Armand Colin, Paris, 1997, p. 136, a origem do termo regulação pode ser explicada da seguinte forma : «La notion de régulation a été empruntée par l'economie politique aux sciences de la nature ".
V., mais recentemente, MOREIRA, Vital e Fernanda Maças, *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 13: "Etimologicamente, o conceito de regulação gire em torno de duas ideias fundamentais: o estabelecimento e a implementação de regras, de normas, e a manutenção ou garantia de funcionamento equilibrado de um sistema.".

[449] Ou, numa visão mais mundana, tal dificuldade em encontrar um autor que não apresente a sua própria definição decorre da "competição de académicos e profissionais para colonizar campos de actividade novos ou com nova importância, construindo-os, assim, à sua própria imagem.",

No essencial, e como resulta, até, da organização que se adoptou para esta dissertação a regulação económica é entendida como (mais) uma subespécie das formas de intervenção do Estado na Economia[450] sendo de longe a mais predominante hoje em dia e por isso lhe dedicaremos maior atenção.

Recusamos, portanto, uma visão ampla do conceito de regulação económica[451] que consumiria toda e qualquer forma de intervenção do Estado na Economia[452], nomeadamente a que ocorre por via legislativa[453].

---

BALDWIN, Robert, Collin Scott e Christopher Hood, "A reader on regulation", Oxford University Press, Oxford, 1998, também citados por FERREIRA, Eduardo Paz [2003:393].

[450] SANCHES, José Luis Saldanha, *A regulação: história breve de um conceito*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados – ano 60, I - Lisboa, 2000, p. 5: "Nesse sentido "regulação" é a negação da mão invisível: a mão invisível, corporizando a autoregulação do mercado, deveria operar "uma involuntária reconciliação de vontades com interesses sociais" Uma reconciliação cujo automatismo reflectiria "o mecanismo estóico: um Deus *ex machina* que será frequentemente designado por heterogénese dos fins.".

[451] No mesmo sentido V. FERREIRA, Eduardo Paz [2003:394] e FRANCO, António L. de Sousa, *Noções de direito da economia*, AAFDL, Lisboa, 1992, p. 191.

[452] Cf.MIRANDA, Jorge, *Direito da Economia: segundo as lições do Prof. Jorge Miranda*, Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1983, p. 227: "Por intervenção económica do Estado pode entender-se qualquer acção do Estado conducente a influir na vida económica, a conformar ou a transformar os comportamentos dos agentes económicos (ou dos demais agentes económicos), a obter certos resultados relativos à produção ou à circulação de bens raros.".

[453] FENOULHET, Timothy R., "La co-régulation: une piste pour la régulation de la société de l'information?", *Revue du marché commun et l'Union Européenne*, Paris, 2001, p. 598 : "La régulation, sous forme traditionnelle, (c'est-à-dire la législation).".
Na doutrina nacional a posição é também – ao que podemos perceber – perfilhada por MOREIRA, Vital e Fernanda Maças [2003:14], porquanto afirmam: "...um conceito operativo de regulação económica, que se traduz no "estabelecimento e implementação de regras para a actividade económica, destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos.".

Também se considera redutora a mera exclusão da produção directa deste conceito[454].

Para efeitos deste estudo, e salvo referências pontuais, não se consideram, também, as formas de regulação privada ou de auto-regulação[455].

Abdicamos, também, de tratar demoradamente a chamada regulação *social* para nos focarmos na regulação económica[456], entendida como "aquela que visa disciplinar uma determinada actividade económica considerada isoladamente"[457]

---

No mesmo sentido, V. FERREIRA, Eduardo Paz, "Em torno da regulação económica em tempos de mudança", *Revista de Concorrência e Regulação,* Ano 1, Número 1, Almedina, Lisboa, 2010, p. 33.

[454] Exclusão defendida por SANTOS, António Carlos dos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, Coimbra: Almedina, 4.ª Edição, 2011, p. 191..

[455] Pese embora se não negue a propriedade desse tipo de regulação para certos campos. *V.g.*, o caso das ordens profissionais. Cf.DE PREZ, Paula, "Self-regulation and paragons of virtue: the case of fitness to practice", *Medical Law Review*, Oxford, 2002, p. 55: "…that self-regulation with the courts' supervision can live up to the profession's claims of ethicality and beneficence.", CORREIA, Sérvulo, Rui Medeiros, Tiago Fidalgo de Freitas e Rui Tavares Lanceiro, *Direito da concorrência e ordens profissionais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 e, com um enfoque nos riscos daí resultantes, CUNHA, Carolina, "Profissões liberais e restrições da concorrência", in Estudos de Regulação pública I, (org. Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra.
Veja-se ainda, por fim, FERREIRA, Eduardo Paz, *Sectores estratégicos e intervenção do Estado no mercado dos valores mobiliários*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 20, onde explica que "por detrás da defesa da auto-regulamentação do mercado encontram-se, de resto, sedutoras construções intelectuais particularmente ligadas ao utilitarismo".

[456] Nas palavras de Vital Moreira (MOREIRA, Vital, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 39) "é hoje corrente a distinção entre «regulação económica» e «regulação social». A distinção baseia-se no objecto e finalidades da regulação.".

[457] FERREIRA, Eduardo Paz [2003:400].

por oposição à regulação social, que visa "finalidades exteriores à actividade económica"[458].

A essa dimensão dedicaremos, contudo, atenção, especialmente na parte final relativa à redefinição do papel do Estado na Economia.

Nessa dimensão poderemos cuidar menos das preocupações de eficiência económica[459], aceitando uma nova prioridade de intervenção do Estado, ainda que por vezes pautada pela imposição de pesados custos ao sector privado[460].

---

[458] MOREIRA, Vital, [1997:39]. V. ainda a interessante descrição de VERSOS, Rodrigo Simeão, *Autoridades administrativas independentes (ensaio da integração constitucional da figura) - relatório de mestrado*, Policopiado, FDL, 2000, p. 9: "Ou seja, a regulação é, na Europa continental, não apenas uma forma de "intervenção" normativa no mercado, mas, também, um instrumento de regulação dos aspectos sociais, que um sistema de economia de mercado inevitavelmente arrasta consigo. A regulação social transcende, assim, a mera "ordenação" económica, assentes nos aspectos normativos e de fiscalização da actividade económica em si mesma, ela visa igualmente a protecção dos direitos, liberdades e garantias, os direitos dos consumidores.".
No mesmo sentido Cf.SPENCER, Milton H. e Orley M. Amos, Jr,, *Contemporary Economics*, 8.ª Edição, Worth Publishers, Nova Iorque, 1993, p. 671: "Although all regulation is social in that it affects people's web-being, *social regulation* is undertaken to address social issues that relate to the production of goods and services. These issues include pollution, product safety, and product reliability." e DIAS, Eduardo Rocha, *Atividade administrativa concernente à regulação dos fundos de pensões e das entidades de previdência privada em Portugal e no Brasil – relatório de doutorado*, Policopiado, FDL, 2001(a), p. 30: "... uma regulação "social", que vise afastar as consequências danosas decorrentes do exercício da atividade para valores como a protecção do consumidor, do meio ambiente ou ainda determinados direitos fundamentais.".

[459] Cf.GERARDIN, Damien, "Institutional aspects of EU regulatory reforms in the telecommunications sector: an analysis of the role of national regulatory authorities", *Journal of network industries*, Haia, 2000, p. 10: "Contrary to economic regulation, the objective of *social regulation* is not to promote economic efficiency but is based "on the desired to avoid an undesirable distribution of wealth and opportunity.".
No mesmo sentido na doutrina nacional V., por todos, NEVES, João Luís César Das, *Introdução à Economia*, 5.ª edição, Editorial Verbo, Lisboa, 2000, p. 67: "Embora o mercado, pelo mecanismo dos incentivos, garanta em geral a solução mais racional, existem casos em que o Estado deve intervir para garantir essa mesma racionalidade.

A regulação ocorre (ou deve ocorrer) por razões de interesse público[461], em situações particulares[462] e não só como uma das formas disponíveis para colmatar falhas de mercado[463].

Por exemplo, quando um mercado é um monopólio natural é impossível obter eficiência produtiva e de alocação de benefícios.

Se tivermos só uma empresa temos eficiência produtiva mas temos um monopolista que tenderá a cobrar preços demasiado altos.

---

Mas, além do objectivo da eficiência, existem outros desejos da sociedade para os quais o mercado não está tão vocacionado, mas que são igualmente importantes. Aí, a sociedade tem de, através do Estado, intervir directamente para satisfazer essas necessidades. A manipulação da solução do mercado, a que essa actividade dá lugar, sacrifica normalmente a eficiência. É pois preciso garantir que os ganhos compensem os custos.".

[460] EISNER, Marc Allen et. al, *Contemporary Regulatory Policy*, Lyenne-Rienner Publishers, Londres, 2000, p. 12: "The new social regulatory agencies enforce economy-wide mandates and impose heavy costs. (…).".

[461] Muitas vezes decorrentes da privatização de empresas públicas prestadoras de serviços essenciais. Cf. AZEVEDO, Fernando Costa de, *Defesa do consumidor e regulação – a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação se serviços públicos*, Livraria do Advogado-editora, Porto Alegre, 2002, p. 158: "Além da preocupação em defender a idéia da distinção entre serviços e funções, o trabalho buscou também chamar a atenção para as implicações que o processo de privatização das atividades econômicas do Estado está trazendo para o papel do ente estatal na prestação de serviços públicos. (...) Esta realidade revela que o Estado tende a perder sua natureza empresarial e passa a assumir, cada vez mais, o papel de ente controlador (fiscalizador) das atividades econômicas.".

[462] Cf. PROSSER, Tony, *Law and the Regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 268: "three regulatory tasks should be recognized: regulating monopoly, regulation for competition, and social regulation, especially in the form of universal service."

[463] Nas palavras de GOUVEIA, Rodrigo, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 40: "Neste sentido regulação é a negação da "mão invisível"."

Se tivermos muitas empresas o preço desce para um valor próximo do custo marginal mas temos uma ineficiência produtiva, uma vez que o custo marginal não cobre os custos médios.

Os sectores em que existem monopólios naturais são candidatos naturais a esse tipo de intervenção, que tem surgido normalmente enquadrada num processo de desmantelamento de monopólios[464] estatais longamente instalados[465], numa abordagem de tipo *estrutural*[466] à problemática da necessidade de concessão de acesso[467].

---

[464] PANOZZO, Fabrizio, *Dalla produzione alla regolazione – l'evoluzione dell'intervento pubblico nell'economia*, Cedam, Milão, 2000, p. 125: "La scelta di privatizzare le *public utilities* richiedequindi che vengano affrontate due questioni fondamentali:

1. impedire che da un monopolio pubblico si passi ad un monopolio privato;
2. decidere se e in quale misura " scomporre" le imprese pubblishe.".

[465] Há mesmo quem fale, nestas situações, em desregulação, para depois se referir à criação de mecanismos de controlo como re-regulação. Cf. GUAL, Jordi, "Regulatory change in network industries: the Spanish experience", *Journal of network industries*", Kluwer Academic Publishers, Haia, 2003, p. 63: "In the case of network industries, the program has basically involved eliminating restrictive regulations and replacing the old "regulatory contract" with a less interventionist legislative framework. Hence the common use of the term *deregulation.*".

[466] O chamado *unbundling*. Como explica BIGGAR, Darryl, "When should regulated companies be vertically separated?", *The Anticompetitive Impact of Regulation*, (eds., Giuliano Amato e Laraine L. Laudati), Edward Elgar, Cheltenham, 2001, p. 117 "the choice between vertical separation and vertical integration involves a choice between a structural approach to regulation and a behavioural approach.", p. 177. O mesmo autor esclarece, a p. 185, que a opção pela via estrutural terá de ser tomada caso a caso porquanto "neither access regulation nor vertical separation is systematically preferred over the other. The choice between the two approaches will depend upon characteristics of the relevant market".

No mesmo sentido V. ainda CHURCH, Jeffrey [2000:863]: "This issue of the appropriate policy response to diversification by regulated monopolies into competitive markets has a long and controversial history." e CREW, Michael A. e Keith J. Crocker, "Diversification and Regulated Monopoly", *Competition and the Regulation of Utilities*, (ed. Michael A. Crew), Kluwer Academic Publishers, Boston, 1991, p. 33: "diversification restrictions are both unnecessary and result in significant inefficiencies through the loss of economies of scope". Em sentido contrário pode ver-se STIGLITZ, Joseph E.[1997: 399]: "Government also sought to distinguish parts of an industry where competition might work from parts where competition was unlikely to be effective."

É o caso dos sectores das telecomunicações[468], energia e transportes.

Tal tem sido feito, em primeiro lugar, pela desintegração vertical dos monopólios naturais[469].

---

Relacionando esta questão com a das *essential* facilities, V. GUAL, Jordi [2003:67]: "…the maintenance of integrated markets or close vertical ownership linkages poses serious difficulties for non-discriminatory access to the networks, despite the despite the fact that the recent legal reforms (…) have included specific access provisions."
Cf.ainda FILHO, Calixto Salomão, *Regulação e concorrência (Estudos e Pareceres)*, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 43: "No caso das redes de telecomunicações, de energia elétrica ou de transporte de gás e óleo, a impossibilidade econômica de duplicar o bem torna inviável cogitar da decisão do seu controlador para criar duas empresas concorrentes.

[467] LOBO, Carlos Baptista, *Concorrência Bancária?*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 69: "Existem dois tipos básicos de regulação, a estrutural e a imposição de regras de conduta.".

[468] O caso das telecomunicações é, cada vez mais, um mau exemplo de monopólio natural, na medida em que as inovações tecnológicas têm vindo a retirar importância à rede fixa de telefones, que era o custo fixo preponderante na existência do monopólio natural. Por cautela, melhor será que se comece a falar em monopólio natural nas comunicações fixas e mesmo esse está ameaçado pelas redes de fibra óptica.
Neste sentido V. TARDIFF, Timothy J., "New technologies and convergence of markets: implications for telecommunications regulation", *Journal of Network Industries*, n.º 1, Kluwer Law International, Haia, 2000, p. 448: "A common characteristic of the emergence of telecommunications competition in many countries is a history of natural monopoly provision of most telecommunications services, e.g., local and long-distance calling. When technological progress rendered obsolete the basic premise of ubiquitous natural monopoly, a number of regulatory rules emerged to restrain whatever market power the former monopoly providers had.".

[469] Existem formas mitigadas de separação, que são muitas vezes usadas para criar uma separação progressiva, com menos custos, porque faseada. É o caso das chamadas separação contabilística, separação funcional e separação operacional. Cf.BIGGAR, Darryl [2001:191] "«functional separation" or «functional unbundling" goes further than accounting separation by requiring separation of the personnel and assets of the two activities. (…) Under operational separation, the ownership of the non-competititive component is separated from its control, that is given to an independent entity".

Resulta deste processo que a prestação do serviço é liberalizada na medida do possível deixando apenas como monopólio natural aquelas actividades que verdadeiramente o são[470].

De notar que esta é uma opção à qual normalmente se associam vantagens mas que pode ter custos importantes, nomeadamente a nível da necessidade de reforçar a coordenação[471] dos (agora) vários segmentos do mercado, ocupados por diferentes agentes e também pela perda de economias de escala[472].

Em seguida esses monopólios naturais são sujeitos a regulação sectorial específica[473] a qual tem por objectivo, normalmente, proteger a concorrência no

---

[470] PORRINI, Donatella,, "Economics of the 96/92 Directive with reference to Italian Electricity Market liberalization Process", *European Journal of Law and Economics*, Ano 11, n.º2, Kluwer Academic Publishers, Haia (2001), p. 178, ainda considera a "velha" forma de organização como paradigmática: "under a natural monopoly paradigm, a vertically integrated electric utility, provides generation, transmission, and distribution services under the rubric of a single firm serving an entire national territory.".
Em Portugal, e usando o mesmo exemplo, houve uma separação vertical entre a infra-estrutura de distribuição e transporte e a actividade de produção e venda, abrindo espaço a mais que um produtor e/ou vendedor de electricidade, com acesso equitativo e não discriminatório à infra-estrutura, ela sim com características de monopólio natural.
O mesmo procedimento foi adoptado no sector do transporte ferroviário, com a cisão da CP, E.P. em duas empresas, uma que continuou a prestar o serviço de transporte e outra a (REFER, E.P.) a quem foi entregue a gestão da infra-estrutura.
Nas telecomunicações, curiosamente, verificou-se uma sdecisão de sentido inverso, com a Portugal Telecom a ter adquirido a dada altura a rede fixa de telecomunicações, no âmbito de medidas relacionadas com a contenção do défice orçamental dentro dos valores impostos pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento.

[471] Cf. BIGGAR, Darryl [2001:180]: "three types of incentives for vertical integration: (1) reduction of transaction costs (…) (2) improvement of the information and therefore the efficiency (…) (3) reduction of distortions arising from the exercise of market power (…)", p. 180.

[472] Cf. BIGGAR, Darryl [2001:177] "The primary disadvantage of vertical separation is that it may involve the loss of economies of scope from integration.".

[473] Tem sido este o caminho português. Veja-se um relance dos reguladores nacionais em FERREIRA, Eduardo Paz, [2003: 403 e ss.] e ouça-se a voz dos envolvidos na obra AA.VV., *A Regulação em Portugal*, Conferências ERSE, ERSE, Lisboa, (2000).

mercado a jusante através da imposição de obrigações várias sobre o monopolista natural[474].

Por vezes, as entidades reguladoras têm também responsabilidades de introdução da concorrência nesses mesmos mercados a jusante, onde por vezes existem também monopolistas (já não monopolistas naturais)[475].

Uma vez cumprida a sua missão e se outra não tiverem devem deixar de existir, porque um mercado competitivo já não necessita de uma entidade reguladora sectorial específica[476].

Este segundo tipo de responsabilidades têm merecido algumas criticas, a menor das quais não deixará de ser a de que as entidades reguladoras tendem a ser

---

Dando conta da mesma realidade mas no contexto brasileiro V. FONSECA, António (organ.) et. al, *Limites Jurídicos da regulação e defesa da concorrência*, Sergio António Fabris Editor, Porto Alegre, 2003, p. 139: "O advento da regulação setorial no ordenamento jurídico brasileiro é inovação recente que foi introduzida em contrapartida à redução da atuação direira do Estado na economia, mormente na prestação de serviços públicos. Com o fenômeno da privatização e a transferência à iniciativa privada da execução de certas atividades de interesse social, surgiu como consequência reflexa a necessidade de regulação dessa atuação.".

[474] Nomeadamente obrigações de concessão de acesso a terceiros. Tais obrigações envolvem, em princípio, a obrigação de separação vertical, salvo se existirem razões fortes para defender a manutenção da estrutura integrada do monopolista. Cf.BIGGAR, Darryl [2001:185] "there are arguments in favour of adopting a stance in favour of separation. That is, to adopt a policy that separation will be adopted unless clear evidence to the contrary can be demonstrated.".

[475] É o caso do sector ferroviário em Portugal em que, do lado da prestação de serviços de transporte existe um monopolista (a CP, E.P.) que está numa relação de monopólio - monopsónio mútua com o monopolista natural. A complexidade inerente à regulação deste tipo de mercado é exponencial.

[476] Facto que ajuda a compreender que, por vezes, exista um perverso incentivo para prolongar o período de transição. Apontando essa mesma dilação cf.GONÇALVES, Pedro e Rodrigo Esteves de Oliveira, *As concessões municipais de distribuição de electricidade*, Cedipre/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 21: "O lento processo (legislativo) de desmantelamento do monopólio público no sector da electricidade, entretanto iniciado, ainda não chegou a seu termo.".

pouco eficazes no desmantelamento dos monopólios não naturais[477] e não tanto na sua função primordial, de regulação dos monopólios naturais.

É por estas razões que o Estado deve intervir[478] e pode fazê-lo, dependendo de certas variáveis[479], através da instituição de mecanismos de regulação que, nomeadamente, controlem o número de actores no mercado, os níveis de produção do bem, os preços do mesmo, entre outros aspectos que se detalharão *infra.*

No caso de certas externalidades, cuja mitigação se possa fazer por recurso a um mercado de emissões, por exemplo, a regulação económica desse mercado deve servir, primordialmente, para garantir que as transacções de quotas se fazem sem custos elevados, que existe um efectivo cumprimento dos níveis máximos de produção da externalidade e que, no geral, o sistema está a permitir uma baixa dos níveis de externalidades[480].

No caso das assimetrias de informação uma entidade reguladora pode controlar e sancionar a disponibilização de informação, segundo regras pré-

---

[477] Criticamente, LAROUCHE, Pierre, (2002), p. 148, refer-se a "managing the transition from monopoly to competition (read managing the decline of the incumbent).".

[478] V. VASCONCELOS, Jorge, [2000:167 e ss].

[479] *V.g.*, como se afirma no estudo *Os Serviços de Interesse Económico Geral na Europa: Regulação – Financiamento – Avaliação – Boas Práticas*, Secção Portuguesa do CEEP, Lisboa, 2002, p. 31: "existe uma interacção entre o modelo de regulação e dois factores principais: a estrutura da indústria antes da reforma e as preferências políticas.".

[480] Uma das formas de garantir este objectivo é a re-compra, pela entidade reguladora, de parte das emissões, retirando-as do mercado. Tal é eficiente, porque o custo dessa retirada é fixado pelo próprio mercado. O financiamento das re-compras pode ser feito quer com o dinheiro originalmente obtido com a venda ou o leilão das quotas quer com as verbas obtidas na sequência da penalização dos infractores.

definidas, ao mesmo tempo que limita o poder de mercado dos detentores originais da mesma, quaisquer que eles sejam[481].

Em tese, estas acções permitiriam corrigir as falhas de mercado[482], mas a regulação suscita os seus próprios problemas que não se podem ignorar. De nada serve, efectivamente, trocar a falha de mercado pela falha de intervenção[483].

Para a prossecução do seu objectivo que é, recorde-se, o de aproximar o nível de bem-estar social no mercado regulado ao que resultaria da inexistência da falha de mercado, suprindo a mesma, o regulador pode optar por várias estratégias e instrumentos.

As estratégias podem ser agrupadas em dois grandes grupos: a *command and control regulation*[484] e a *market oriented regulation*[485]

---

[481] Cf.GWARTNEY, James D. et. al [2000:134]: "the problem for asymmetric information also arises when buyers know more than sellers. Consider the market for health insurance. Buyers know their own health problems better than insurance companies do.".

[482] BOWLES, Roger, *Diritto e Economia*, Il Mulino, Milão, 1985, p. 229 e 230: "In tutti i casi che qui ci interessano, oggetto della regolamentazione è determinare un risultato differente da quello che sarebbe emerso dall'operare spontaneo delle forze di mercato.".

[483] V. BAUMOL, William J. e Alan S. Blinder, *Economics*, 8.ª Edição, Harcourt College Publishers, Fort Worth, 2000, p. 407: "Despite good intentions, regulation has been criticized as a cause of inefficiency and excessive costs to the consuming public. The basic fact about regulation and other forms of government intervention that are designed to affect the operations of the markets is that *neither* markets *nor* governmental agencies always work perfectly. In an uncontrolled market, for example, monopoly power can damage the public interest, but excessive or poorly conceived regulations or antitrust decisions can also be harmful".

[484] Cf. LEE, Maria, "New generation regulation?: the case of end-of-life vehicles", *European environmental law review*", Kluwer Law International, Haia, 2002, p. 114: "Command and control" regulation is a label that embraces a wide range of regulatory techniques sharing the basic characteristic that central government regulation dictates a particular end and requires industry to meet it.".

. A primeira, mais antiga, prescreve que o regulador deve condicionar por meio de regras por ele impostas as decisões dos regulados ou mesmo, em casos extremos, tomar ele próprio as decisões.[486]

A segunda, mais recente, prescreve que o regulador deve criar incentivos económicos que alinhem os interesses da empresa com os interesses da regulação, não impondo mas antes *persuadindo*[487] as empresas reguladas a adoptarem a conduta que melhor serve o interesse público[488].

Fazer uma análise com estes vectores seria ignorar que muitos dos instrumentos de regulação são comuns às duas estratégias, apenas variando na sua forma de utilização.

---

[485] Cf.LEE, Maria [2002:115]: "The most common theme of the alternative mechanisms is to look for "market" approaches to regulation, whereby financial incentives are use to encourage desired behaviour.".

[486] Caso em que, na prática, tudo se passa como se a administração da empresa fosse apenas uma correia de transmissão de um órgão que toma as decisões estratégicas.

[487] Cf.JUNIOR, Armando António Farinha, *A responsabilidade do Estado pela prestação e coordenação dos serviços públicos e sua atividade de intervenção na economia – relatório do Curso de Aperfeiçoamento*, Policopiado FDL, Lisboa, 1999, p. 53: "Há também aquelas hipóteses em que o Estado não determina decisivamente algum comportamento ao agente econômico, mas "sugere" um caminho; é o que se verifica através das Normas Indutivas. Existe, portanto, um incentivo a um determinado caminho, e por outro lado, um desestímulo a outras atividades.".
No mesmo sentido cf.LAROUCHE, Pierre [2000:323]: "…public authorities can influence the strategic choices of the firms by making one or the other strategy more or less attractive.".

[488] Cf.CAMERON, Peter, *Competition in energy markets – Law and regulation in European Union*, Oxford University Press. Oxford, 2002, p. 8: "Throughout the 1990's, governments in countries around the world began to change the ground rules. This change has been characterized as a movement from "traditional regulation" to "regulation for competition".".

Assim sendo, entendemos preferível, para evitar inevitáveis repetições, centrar a análise nos instrumentos distinguindo, a propósito destes, as variantes admissíveis face à dicotomia apresentada[489].

De notar que os instrumentos de regulação que abaixo se enunciam não esgotam as ferramentas ao dispor do regulador, embora seja nosso propósito dar uma visão razoavelmente completa de cada uma delas.

Tipicamente, o regulador usará uma combinação das várias ferramentas, conforme o tipo de incentivo que pretenda transmitir aos regulados[490], sendo que a regulação do preço é a que oferece maior utilidade e também maior complexidade.

O regulador deve ter como objectivo levar o mercado a comportar-se, o mais possível, como se estivesse numa situação de concorrência[491].

Mas a mera definição do que seja tal comportamento é particularmente difícil quando não existe uma situação concorrencial que permita criar um referencial (*benchmark*) contra o qual a *performance* da firma regulada possa ser medida.

Nestas situações é particularmente importante a parametrização por recurso á avaliação de desempenho das empresas de outros países e a troca de informações com os seus reguladores[492].

---

[489] Cf.LEE, Maria [2002:117]: "...the sterility of looking at economic instruments as a straight forward alternative to command and control regulation.".

[490] Como se compreende a criteriosa selecção das ferramentas adequadas para cada situação pode e deve ser tida pelo regulador como de singular importância. V., neste sentido VASCONCELOS, Jorge, (2000), p. 169 e bibliografia ai citada.

[491] V. LEITE, António Nogueira, (2000), p. 148 e ss.

A regulação por via do preço pode ser exercida de várias formas: pode ser fixado pela entidade reguladora um preço concreto[493], ou pode ser definida uma margem de preços quantitativa ou apenas os critérios e regras que presidem à sua formação, competindo à entidade regulada aplicar essas regras.

A regulação do preço pode ainda pretender dois objectivos distintos: ou impedir que o regulado cobre demais (situações de renda monopolista) ou que, ao invés, cobre de menos (situações de práticas anti-concorrenciais, *v.g.*, preços predatórios).

Em qualquer caso, tem também de ser encontrado um equilíbrio entre a necessidade de permitir a recuperação de custos do regulado evitando, ao mesmo

---

[492] O que, aliás, é prática, por vezes mesmo institucionalizada. Veja-se o caso do Sector Eléctrico, com o seu Conselho Europeu de Entidades Reguladoras (presidido, aliás, pelo regulador português). De facto, como refere SWIFT, John [1999:175] "It is – and always has been – a fallacy that regulators do no talk to each other.".

Cf. ainda, a propósito do sector financeiro PEREIRA, Maria Miguel Rebelo, *O novo modelo regulatório europeu – das novas exigências da regulação e da supervisão comunitárias dos mercados de valores mobiliários*, Policopiado, FDL, Lisboa, 2001, p. 16: "Considerando o quadro comunitário acima descrito e na sequência do referido relatório final Do Comité de sábios da União Europeia sobre o quadro normativo dos mercados europeus de valores mobiliários, presidido pelo Barão Lamfalussy, da Resolução do Conselho de Ministros de Estocolmo, da Resolução do Parlamento Europeu de Março de 2001, a decisão da Comissão Europeia de 6 de Junho de 2001 criou o *Comité das Autoridades de Regulamentação e dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários*.".

A crescente preocupação de coordenação é também seleccionada como uma questão central por VASCONCELOS, Jorge, "Cooperation between energy Regulators in the European Union", *Regulation of Network Utilities – The European Experience*, (ed. Claude Henry, Michel Matheu, Alain Jeunemaître), Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 287: "Cross-border electricity trade provides a good example of how a lack of cooperation would hinder the development of a single market.".

[493] É o que se passa em Portugal com o sector eléctrico.

tempo, que haja exclusão de compradores que poderiam pagar ao menos o custo por eles provocado, o que se traduziria numa perda absoluta de bem estar.

Se a entidade reguladora não permitir a recuperação de custos (de que custos é questão que se tratará *infra*) a empresa regulada, racionalmente, optará por sair do mercado. Situação a que corresponde, especialmente no caso de monopólios naturais, uma perda absoluta de bem-estar social (v. *infra*).

Existe, portanto, um preço de equilíbrio que importa encontrar. Um preço de equilibro é aquele:

a) que permite a recuperação de custos;

b) que não inclui uma renda monopolista;

c) que minimiza as exclusões de consumo e, consequentemente, as perdas absolutas de bem-estar social.

Nada impede que, em certas situações[494], se fixem tectos máximos e mínimos de preços, em simultâneo.

---

[494] Tipicamente, tal será o caso quando existir uma empresa com grande poder de mercado mas com a qual concorrem já alguns operadores em certos serviços. A entidade reguladora quererá impedir a cobrança de rendas monopolistas nos serviços onde a empresa ainda detém um significativo poder de mercado que depois será usada para financiar a prática de preços predatórios nos serviços onde há concorrência.
Em Portugal, foi o caso do sector das telecomunicações fixas. O operador histórico manteve um poder anormal sobre o chamado enlace local e sobre as chamadas locais – sem prejuízo da obrigação de concessão de acesso – e concorria com os outros operadores em paridade de armas, por exemplo, mas chamadas nacionais e internacionais.
Segundo os dados históricos de um estudo da ANACOM – Autoridade Nacional de Telecomunicações (Evolução de Preços do Serviço Fixo de Telefone entre 1998-2003, disponível em www.anacom.pt na secção de Estudos) no período abrangido pelo estudo e em termos de variação média nominal (tomando como ano base o ano de 1998, a que corresponde o índice 100),

A capacidade de regular o preço é uma importante ferramenta, cuja utilização se demonstra, contudo, muito complexa.

Não só pelas suas implicações para as empresas reguladas como pelo seu impacto directo no nível de bem-estar social[495].

Não admira, portanto, que seja a ferramenta mais estudada e mais complexa, cuja aplicação pode absorver boa parte dos recursos do regulador[496]. especialmente nos casos em que seja necessário autorizar conjuntos de preços[497].

---

o índice da assinatura da linha analógica para o cliente aumentou 21,6% e nas chamadas locais 11,1% (mercados protegidos); nas chamadas internacionais houve um decréscimo de quase 40%, nas chamadas nacionais de mais de 50%e nas chamadas regionais de perto de 25% (mercados concorrenciais). A tendência era já identificável em anos anteriores (cf.estudo idêntico para o período de 1998-2001).
O caso não é exclusivamente português. Cf. DOYLE, Chris [2000:33]: "While competition has expanded rapidly and significantly into some markets, notably business and long-distance international telephony, local access infrastructure largely remains operated and managed by incumbent operators." esclarecendo noutro passo que "Unbundling of the local loop permits alternative operators to access end customers directly by connecting their infrastructure to the incumbent's local switch (or remote concentrator), and by attaching equipment at the customer's premise."(DOYLE, Chris [2000:43]).

[495] Para um exemplo preocupante dos efeitos adversos do condicionamento administrativos dos preços cf. DUTZ, Mark, Aydin Hayri, "Inappropriate regulation and stifled innovation in the road freight industry: lessons for policy reform", *The Anticompetitive Impact of Regulation*, (eds, Giuliano Amato e Laraine L. Laudati), Edward Elgar, Cheltenham, 2001, p. 246: "from a particularly extreme degree of rigid regulation with a high degree of government intervention (…) Mexico established a new policy framework (…) based on free entry and market-based price setting. In addition to expected gains from reductions in trucking prices there have been a number of other sources of downstream gains. All of these gains could have been realized earlier if inappropriate regulation had not been in place.".

[496] SEIDENFELD, Mark, [1996:62] "ratemaking is a time consuming, expensive proposition.".

[497] Exemplificativamente V. FAURE, Michael e Goran Skogh [2003:201]: "Although in some cases information and administrative costs may be too high for a detailed differentiation, in many other instances location-specific circumstances can be recognized relatively easily at low cost."

Colocado perante um monopólio natural, por exemplo, o regulador deve relembrar-se que o monopolista natural não deixa de ser um monopolista.

O que lhe dá a capacidade de fixar preços de forma relativamente independente do mercado, na medida em que não sofre pressões concorrenciais (é, na designação habitual, um *price maker*).

Independentemente da metodologia que venha a adoptar para condicionar ou determinar a fixação do preço o regulador tem, primeiro, de saber qual é o preço alvo que pretende para o mercado regulado.

Neste particular a teoria económica é bastante clara: o preço eficiente é o que corresponde ao custo marginal (i.e. ao custo de produzir mais uma unidade).

É para esse custo marginal que tende o mercado em concorrência perfeita. E o regulador, recorde-se, pretende substituir-se às forças de mercado na prossecução desse equilíbrio maximizador do bem-estar social. Na prática[498] a questão raramente se coloca de forma tão linear.[499]

Em termos de preços lineares são duas as grandes opções:

---

[498] V. TAYLOR, John B., *Economics*, 3.ª Edição, Houghton Mifflin Company, 2003, p. 274: "… with declining average total cost, the marginal cost is lower than average total cost. (…) Thus, if price were equal to marginal cost, the price would be less than average total cost, and the monopoly's profits would be negative (a loss). (…) Although the idea of mimicking a competitive firm by setting price equal to marginal cost might sound reasonable, it fails to work in practice.".

[499] FRIEDMAN, David D., *Law's Orders – What Economics has to do with law and why it matters*, Princeton University Press, Princeton, (2000), p. 258 "The theoretical rule – set price equal to marginal cost, and find the money somewhere to cover the differential between that and average cost – is straightforward. The practical application is not.".

a) o preço corresponde ao custo marginal;

b) o preço correspondente ao custo médio.

Impor um preço correspondente ao custo marginal a um monopolista natural , por exemplo, implica que este incorra num prejuízo uma vez que os seus custos médios são – relembremo-lo – decrescentes[500].

Logo, se todas as unidades forem vendidas ao custo de produção de mais uma unidade nenhum dos custos fixos é recuperado e está-se a condenar o monopolista ao prejuízo continuado na exacta diferença entre o custo médio e o custo marginal.

Se o monopolista for privado haverá falência e o bem deixa de ser produzido, com perda absoluta de bem-estar; se for público o Estado terá de assumir aquele valor[501] e há um mecanismo de imposição à sociedade em geral de custos com um sector de actividade de que nem todos beneficiam, gerando injustiça distributiva e "deadweight loss"[502].

---

[500] Em sentido contrário V. CHURCH, Jeffrey [2000:759]: "Pricing at marginal cost by a natural monopolist can be unprofitable, but need not be. (…) When economies of scale are exhausted, but the industry is still a natural monopoly, pricing at marginal cost will be profitable.".

[501] Enquanto accionista, nos termos gerais, ou através de compensações por serviço público, quando seja o caso. Ou por uma combinação destas duas formas. Neste sentido Cf. ALLAIS, M. *Economie pure & rendement social,* Librairie du Recueil Sirey, 1945, p. 50 : "Nous avons vu que la gestion des industries à rendement croissant suivant les règles de la maximisation du rendement social entraînerait pour ces entreprises des déficits permanents, et on peut se demander si financement de ces déficits est possible.".

[502] V. VISCUSI, W. Kip, et al, [1998:361].

Por outro lado, a certeza de obtenção de compensação para o valor da diferença pode gerar falta de incentivos para contenção de custos e maximização de proveitos[503].

Isto levaria a dizer que deverá ser assegurado pelo regulador um nível de preços que permita recuperar todos os custos do monopolista, ou seja, permitir-lhe cobrar os custos médios[504].

Mas aí o regulador estará a excluir do mercado aqueles que podem pagar o custo marginal mas não podem pagar o custo médio com perdas absolutas de bem-estar[505].

E a incorrer, em parte, nas insuficiências acima apontados ao custo marginal: podendo passar todos os custos aos compradores o monopolista natural continua a não ter um incentivo para ser eficiente[506].

---

[503] Cf.VISCUSI, W. Kip, et al, [1998:472].

[504] HARRISON, Jeffrey L. [1998:224]: "…the firm cannot survive in the long run without some kind of outside source of funding, possibly a government subsidy. Because of this, there is invariably pressure to allow the firm to recover its full costs of production including a normal profit.".

[505] De facto este ajustamento do preço ao custo médio manteria aquela disparidade entre preço e custo marginal que tem os mesmos efeitos de "deadweight loss" que teria um imposto cobrado pelo monopolista aos consumidores.

[506] SEIDENFELD, Mark, *Microeconomic predicates to law and economics*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, (1996), p. 62 sintetiza da seguinte forma a opção de permitir ao monopolista natural cobrar o custo médio: "rate setters have to rely on historical costs to determine average cost. The higher the firm's historic costs the higher its allowed rates. Hence there is no incentive for a regulated natural monopoly to minimize its costs and resulting rates often are higher than necessary.".

Quando o monopolista produza vários produtos no mercado onde é monopolista natural são ainda de equacionar pelo regulador os chamados *Ramsey Prices*.

A teoria subjacente é que a parte dos custos fixos suportada pelos utilizadores dos produtos (ou serviços) deve ser diferenciada de forma a minimizar as perdas de bem estar absoluto.

Dito de outra forma, devem aproximar-se dos custos médios os produtos com procura relativamente inelástica ao preço – evitando exclusões – e aproveitar a cobertura mais que proporcional por eles feita para reduzir a margem de cobertura desses custos fixos pelos produtos onde a procura reage ao preço, aproximando estes últimos do custo marginal.

Isto reduz as perdas de bem estar absoluto em relação à solução dos custos médios mas não as elimina. Como não elimina os problemas em termos de eficiência que se assinalaram[507].

Devido a estas dificuldades foram criados preços não lineares[508], o que significa, simplesmente, que são compostos de duas ou mais partes.

---

[507] Além de ser totalmente ineficiente em mercados em que a procura seja representada por uma única empresa, como acontece no sector do transporte ferroviário em Portugal, com a CP – Caminhos de Ferro Portugueses, E.P. (presente que o único operador privado existente, a Fertagus, S.A., que opera no eixo norte-sul tem um sistema de preços separado).

[508] COASE, R. H., [1946:173]: "The writers whose views I am considering seem to assume that the alternatives with which one is faced are to charge a price equal to marginal cost (in which case a loss is made) or to charge a price equal to average cost (in which case no loss is made). There is, however, a third possibility - multi-part pricing.".

Existem múltiplos modelos de criação de preços não lineares, sendo traço comum a existência de uma parte fixa e uma parte variável.

No modelo simplificado existe um preço fixo correspondente aos custos médios deduzidos do custo marginal[509], e uma parte variável correspondente ao custo marginal[510].

Se, como é normal no monopólio natural, o preço fixo se relevar muito elevado, isso vai excluir compradores do mercado e não elimina o problema.

Numa variante aperfeiçoada tenta-se um equilíbrio transferindo parte dos custos fixos para a parte variável, de forma a minimizar as perdas de bem-estar absolutas[511].

O ponto de equilíbrio concreto depende, naturalmente, da elasticidade cruzada da procura.

---

[509] Cf. HARRISON, Jeffrey L. [1998:228]: "A related possibility is called two-part or multipart pricing. In this case the consumer is charged some price for simply being able to consume at all and then a price per unit actually purchased. The fixed part of the charged could be designed to insure that the firm recovers the fixed costs of production.".

[510] Cf. CAVE, Martin e Roger Mills, *Cost Allocation in Regulated Industries*, Centre for the Study of Regulated Industries/Public Finance Foundation, Londres, 1992, p. 12: "The total cost of producing a particular set of outputs can be broken down into a *fixed* component (which is independent of the level of output) and a *variable* component, the size of which depends on output levels. (…) As the time horizon expands, of course, the extent of the fixed component is reduced; in the very long run, all costs are variable.".

[511] Não vemos, sequer, porque é que essa transferência não pode ser, em alguns casos, total, correspondendo o preço base aos custos variáveis e reflectindo o preço variável os custos fixos, ou parte deles.

Podem ainda ser introduzidos neste tipo de tarifas elementos de discriminação de preço entre consumidores, tentando não excluir nenhum (em função da quantidade, do tipo de utilização, etc.).

Trata-se de sancionar a discriminação perfeita de preços que, como se sabe, é a forma de maximizar o bem-estar social e as receitas do monopolista[512].

Mas se, ainda assim, o preço for demasiado elevado e existir exclusão de compradores, esta será muito menor que em qualquer outra solução, mas ainda existirá. Ou seja, subsiste uma certa quantidade de perda de bem-estar social. Uma solução típica de *second best.*[513]

Estas são considerações teóricas e, na prática, os reguladores tendem a criar formas de cálculo de preços que incorporam elementos de uma ou outra tese e que, de forma sustentada, permitam a viabilidade do sector.

Existirão inúmeros problemas e especificidades sectoriais a que estas teorias não darão resposta.[514] Caberá ao regulador de cada mercado, perante as

---

[512] É necessário evitar que, por via da regulação, se perca a possibilidade de efectuar uma redistribuição de riqueza desejável (por exemplo, se a electricidade custa o mesmo, independentemente do custo de a levar até ao consumidor).

[513] V., por todos, LIPSEY, Richard e G.Kelvin Lancaster, "The general theory of second best", *Microeconomics, growth and political economy*, (ed. Richard G. Lipsey), Vol. I, 1997, Edward Elgar, Cheltenham republicado *in Welfare Economics*, vol. I, (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001, p. 490: "The optimum situation finally attained may be termed a second-best optimum because it is achieved subject to a constrain which, by definition, prevents to attainment of a Paretian optimum."

[514] A título de demonstração analisamos o sistema de preços que foi criado para o sector ferroviário pelo Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro. Na nossa interpretação aquele dispositivo legal

especificidades do mesmo, procurar identificar qual o custo relevante para efeitos de aferição do preço.

Pela amostra que deixámos pode antever-se a complexidade desta primeira tarefa. Sendo certo que a mesma é só um primeiro passo de um caminho longo.

Importa, em seguida, que o regulador opte por um de dois grandes modelos de controlo de preços identificados pela doutrina económica. A chamada *Rate of Return Regulation* ou a *Price Cap Regulation*.

A *Rate of Return Regulation* tem sido objecto, recentemente, de um coro de críticas.

Em parte, porque, pelas suas características, a *Rate of Return Regulation* implica um maior envolvimento da entidade reguladora na gestão da entidade regulada, existindo mesmo certas situações (como veremos) em que se pode observar uma verdadeira substituição da decisão da empresa regulada pela autoridade administrativa, v.g., em matéria de política de investimento.

E, nessa medida, a *Rate of Return Regulation* (RRR)tem vindo a receber as críticas associadas aos modelos de *command and control*. A que acrescem as que lhe são directamente dirigidas.

A RRR prevê que a entidade reguladora autorizará os preços que permitam, atendendo ao consumo expectável do bem, proveitos suficientes para

---

responde ao facto de, no sector ferroviário, os custos fixos serem muito maiores que os custos variáveis.

cobrir as despesas da entidade regulada, as amortizações dos seus activos e alguma remuneração do capital[515] e pode sintetizar-se na seguinte fórmula:

$$R = B \,.\, r + D + OPEX$$

Nesta fórmula R corresponde aos Proveitos que a empresa deve obter (o chamado requisito de rentabilidade) e é esse o valor que a entidade reguladora procura para poder determinar quais os preços autorizados.

Já B representa a totalidade do capital a remunerar (a chamada *rate base*). Trata-se do montante total do valor investido na empresa regulada.

Este valor terá de ser multiplicado por uma taxa de remuneração do capital (a *rate of return* que dá o nome ao modelo). Aqui a entidade reguladora decide qual o nível de remuneração do capital investido. Com as devidas distâncias, tal valor corresponde à taxa de juro que se acorda no caso de um empréstimo bancário, para remunerar o capital que nos é emprestado (ou que nele depositamos).

Na fixação da *rate of return* o regulador não pode fixar um valor demasiado baixo, sob pena de aplicações alternativas mais atraentes levarem a um

---

[515] Cf. PARKIN, Michael et. al, *Economics*, 4.ª Edição, Addison Wesley, Longman, 2000, p. 459: "Rate of return regulation determines a related price by setting the price at a level that enables the regulated firm to earn a specified target percentage return on its capital.". Questão diversa e espinhosa é saber qual o nível de capital a exigir BAGHERI, Mahmood e Chizu Nakajima, "Optimal level of financial regulation under the gats: regulatory competition and cooperation framework for capital adequacy and disclosure of information", *Journal of International Economic Law*", Oxford University Press, Oxford, 2002.

sub-investimento no sector regulado, ou mesmo o abandono deste por parte da iniciativa privada[516].

Por outro lado, uma *rate of return* demasiado elevada vai penalizar os consumidores (porque faz subir os preços), causar perdas de bem-estar social absoluta e criar uma tentação de sobre-investimento no sector regulado[517].

Além da remuneração do capital a empresa regulada tem de poder reaver os custos com a amortização dos seus activos.

E, além disso, tem de poder ser compensada pelos custos de operação (normalmente muito expressivos, e que incluem desde os custos de pessoal aos custos com viaturas e deslocações, em suma, todos os custos normais de funcionamento da empresa) e manutenção dos seus bens e equipamentos.

O modelo, sucintamente descrito suscita, mesmo assim, uma série de questões bastante complexas.

Desde logo, porque se os proveitos permitidos à empresa regulada são fixados de forma a cobrirem os custos e proporcionarem uma adequada rendibilidade aos capitais investidos o regulador tem de decidir se aceita todos os custos que lhe sejam apresentados e todos os investimentos que o privado decida.

---

[516] Cf. SPULBER, Daniel F. [1989:613]: "The effect of rate-of-return regulation on investment depends of the size of the permitted rate-of-return.".

[517] Cf. STIGLITZ, Joseph E.[1997: 398]: "The intent is to set prices so that firms obtain a "fair" return on their capital. But to make the highest level of profit, firms respond by increasing their amount of capital as much as possible, which can lead to too much investment. (…).

Depois porque, como já se referiu, tem de definir a taxa de rendibilidade que considera apropriada, a qual raramente corresponderá às pretensões das empresas reguladas e dos seus accionistas[518].

E, por fim, questão não menos importante, tem de decidir com que periodicidade é que é revisto o valor da taxa de rendibilidade (ou se deixa a iniciativa dessa revisão aos privados[519]).

Para poder fixar todos estes valores e tomar este tipo de decisões o regulador terá de ter informação suficiente sobre as contas dos regulados.

O que, na prática, raramente ocorre (cfr. *infra*, a questão da *assimetria informativa*).

E tem de avaliar individualmente determinados aspectos.

---

[518] Cf. GALBRAITH, John Kenneth, *The New Industrial State*, 2.ª Edição revista, Andre Deutsch, 1972, p. 309: "As in relations between entrepreneur and employees, that between entrepreneur and state regularly involved conflict over the amount of the return.".

[519] Caso em que os preços da empresa fixados e revistos apenas quando é desencadeado um processo de revisão (*rate case*). Nestas situações o processo de revisão pode ser desencadeado: pela empresa, se considerar que os seus proveitos são baixos e pretender um aumento dos preços; ou por qualquer entidade, uma associação representativa dos consumidores por exemplo, se considerar que os proveitos da empresa são muito elevados. A entidade reguladora ouve os interessados (*stakeholders*), e decide sobre a revisão dos preços. Se for concluído que a empresa teve proveitos exagerados, pode ser obrigada a uma devolução. Se, ao invés, se concluir que a empresa esteve a cobrar preços abaixo daqueles que lhe permitiam atingir os proveitos autorizados pode ser autorizado um aumento extraordinário para o ano seguinte.
É o que acontece com as tarifas de gás natural liquefeito em França. Cf. LONG, Martine, "La libéralisation du gaz: commentaire de la loi du 3 janvier 2003", *Droit Administratif*, Paris, 2003, p. 8: "Pour les tarifs d'utilisation des réseaux de transport de distribution et des installations de gaz naturel liquéfié, les décisions sur les tarifs sont prises par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie sur proposition de la Commission de régulation de l'énergie, notamment à la demande des opérateurs. "

Por exemplo, quanto aos custos de investimento (adições ao capital investido) o regulador tem de verificar se a decisão em causa resultou de uma decisão prudente, seja utilizado e útil (*prudent, used and useful*).

Prudente significa que o investimento é razoável numa óptica de redução de custos, com base na informação disponível aquando da decisão. Utilizado e útil significa que a instalação em causa está em funcionamento e é necessária.

Tentam assim promover-se os investimentos que melhorem a eficiência da empresa, tentando afastar a aplicação de capitais em bens desnecessários ou gastos sumptuários. Uma das fragilidades conhecidas do modelo (cfr. *supra*).

Este tipo de juízo de valor é muito difícil de fazer e obriga o regulador a uma interferência evidente nas tomadas de decisão do regulado.

O reverso da medalha é que o regulador acaba por se assumir como co-responsável na tomada da decisão perante os consumidores.

Por outro lado, aceitando o regulador um dado investimento tem de decidir:

a) desde quando o considera para efeitos de determinação dos proveitos autorizados[520];

[520] Ou os investimentos são remunerados desde a data em que são realizados ou são remunerados desde a data de entrada em exploração de instalação. A questão é sensível, especialmente quando se tratem de instalações com tempo de construção longo. O que é normalmente o caso nas indústrias reguladas (v.g. uma nova rede de saneamento urbano ou uma nova ligação ferroviária). Se, por um lado, parece pouco razoável permitir que se incluam no preço despesas que não correspondem a um ganho dos consumidores, o que gera perdas de bem-estar absoluto; por outro, tem de se atender aos encargos financeiros durante a construção.

b) qual o valor que atribui ao investimento[521].

O regulador tem ainda de decidir se opta pela aprovação prévia do investimento ou se deixa a decisão de investimento ao regulado, fazendo *a posteriori* uma reavaliação sistemática da utilidade e utilização.

Esta segunda possibilidade, pese embora gerar menos interferências e burocratização no processo de decisão de investimento introduz um nível de *risco* normalmente intolerável para o privado. O de fazer um investimento para depois o ver recusado em sede de fixação da *rate of return*.

Dificuldades de grau semelhante surgem quanto à aceitação dos custos de operação e manutenção.

Em primeiro lugar, é preciso verificar se a despesa em questão é efectivamente necessária para a empresa desempenhar as suas funções. De novo, estão em causa potenciais gastos sumptuários[522] ou simplesmente irracionais (para os quais, sublinhe-se, *existe* um incentivo sempre que a taxa de rendibilidade na actividade regulada for superior à disponível no mercado em geral).

---

[521] Existem diferenças entre o custo original (o que custou efectivamente a construção do bem), o custo de substituição (o que custaria hoje repor aquele bem) e o chamado valor "económico".

[522] PARKIN, Michael et. al [2000: 460]: "The managers of a regulates firm might be able to inflate the firm's casts by spending part of its revenue on inputs that are not strictly required for the production of the good. By this device, the firm's apparent cost curves exceed the true cost curves. This is sometimes called X-inefficiency. (…)".

Importa ainda averiguar se a despesa é exagerada, isto é, se é ineficiente. Ou se se revela pouco prudente face aos normais critérios de gestão.

Como pode o regulador avaliar estes aspectos? Desde logo, necessitará de um ponto de comparação. A eficiência, por exemplo, não é uma realidade absoluta. Como saber se a empresa regulada é ou não eficiente?

A resposta de escola é que tem de ser construído um referencial para comparação (o chamado *benchmarking*).

Tal não é, contudo fácil, não só porque podem não existir outras empresas no mercado (caso dos monopolistas naturais), mas também porque a actividade em causa pode não ter custos históricos conhecidos, que permitam a criação de um modelo de evolução, e podem existir dificuldades importantes no uso de empresas estrangeiras como referencial de eficiência (dificuldade de acesso à informação, diferentes regras contabilisticas e condições de mercado, entre outras).

Ainda quanto à aceitação dos custos de operação e manutenção existem outras dificuldades importantes. Contudo, o controlo destes custos é, normalmente, menor do que o controlo sobre os Investimentos.

O que leva as empresas reguladas, muitas vezes, a optarem não por inovar e investir mas sim por crescerem organicamente. Concretizando, é mais fácil fazer repercutir nos preços um aumento dos custos com mão-de-obra do que os da aquisição de uma tecnologia que a dispense[523].

---

[523] V. AVERCH, Harvey e Leland L. Johnson, *Behaviour of the Firm Under Regulatory Constraint*, "American Economic Review", vol. LII, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics,* vol. II, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998, p. 1068. Aqueles autores atribuem a este tipo de regulação de preços os seguintes efeitos: "a misallocation of economic resources may result from

Por exemplo, não é claro qual o tratamento que deve ser dado às despesas extraordinárias (*v.g.*, decorrentes de um acidente natural).

Devem ser aceites, na medida em que dificilmente se poderão reconduzir a critérios de eficiência e fazem parte do *risco* da actividade, já remunerado na *rate of* return ou, pelo contrário, têm de o ser sob pena de provocar prejuízos ao operador.

E a serem considerados, devem os consumidores sofrer a totalidade dos aumentos num ano ou os mesmos devem ser pluri-anualizados[524].

No caso de aquisição de serviços ou produtos a empresas do mesmo grupo empresarial o valor aceite deve ser o valor nominal declarado ou, tendo em conta que se tratam de *preços de transferência*, deve ser exercido especial controlo sobre os mesmos ou até impostas restrições a estas aquisições?

Para avaliar a validade destes preços a entidade reguladora terá de ter pontos de comparação (preços de outros fornecedores) mas os mesmos podem não

---

the use by regulatory agencies of the rate-of-return constraint for price control. The firm has an incentive to substitute between factors in an uneconomic fashion that is difficult for the regulatory agency to detect." sugerindo que "...it might be interesting to explore alternative forms of government control that, by avoiding the return-on-investment criterion for price regulation, do not generate the bias disclosed here.".

[524] Em Portugal, recentemente, a decisão sobre o que fazer aos custos dos despedimentos por comum acordo, pré-reformas e outros mecanismos de redução de pessoal ocupou a ERSE que acabou por permitir a sua repercussão nas tarifas, atendendo ao argumento de que tal tornava a empresa mais eficiente no médio-longo prazo. Os efeitos destes custos nas tarifas foram, contudo, diluídos ao longo de um prazo razoavelmente longo.

existir ou não serem claros (*v.g.*, porque essas empresas estão também associadas a empresas reguladas), o que poderá obrigar a entidade reguladora a debruçar-se também sobre as contas destas empresas.

Duplicando o esforço que já acima se assinalou, uma vez que as dificuldades inerentes são as mesmas.

Por fim, é necessário ter em conta que a entidade reguladora fixa os preços autorizados presumindo para o futuro[525]:

a) que a procura se manterá num dado nível;

b) que os investimentos terão um determinado custo;

c) que os custos de operação e manutenção se manterão num determinado nível.

O facto de a fixação de tarifas ser feita anual e antecipadamente (cfr. *infra*, o que se escreve a propósito deste *regulatory gap*) com base em projecções dos custos e da procura, o que obriga, durante o ano, a comparar os valores previstos com os realizados pode significar que, na realidade, proveitos superiores ou inferiores aos que se pretendiam autorizar.

No final do ano, se os proveitos tiverem proporcionado à empresa uma remuneração superior à taxa permitida , a empresa terá de devolver os proveitos em excesso.

---

[525] Sendo certo que "... a previsão é absolutamente impossível num assunto como a economia, porque o comportamento económico, sendo prospectivo, é inerentemente imprevisível." (Cf. BLAUG, Mark [1994:342]).

Este problema, comum, aliás, ao modelo da regulação de *Price Cap Regulation* (de que trataremos imediatamente a seguir), pode ser resolvido, na RRR prevendo que, se os proveitos tiverem proporcionado uma remuneração inferior à taxa permitida, a empresa tem direito a receber os proveitos em falta através de um acréscimo de preços no ano seguinte, acontecendo o inverso se os proveitos tiverem sido superiores. São os chamados mecanismos de s*liding scale*[526].

A *Price Cap Regulation* surge, em boa medida, como uma tentativa de romper com as dificuldades da RRR[527]. É, portanto, posterior a esta[528].

---

[526] V. GRAHAM, Cosmo *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Hart Publishing, Oxford, 2001,. p. 154: "it was claimed that the RPI – X control, as operated by the regulators, allowed the utility companies to make excessive profits. What was proposed instead was what was called «sliding scale" regulation, whereby a profit level was set and, if a company exceeded that level it would be forced to share the excess profits with its consumers.".
Cfr, ainda PARKIN, Michael et. al [2000: 460]: "Under earnings sharing regulation, if profits rise above a certain level, they must be shared with the firm's costumers.".

[527] CHURCH, Jeffrey [2000:752]: "The recent trend away from cost-of-service regulation (…) to various forms of incentive regulation is a result of the recognition that while cost-of-service regulation does control monopoly pricing it provides socially perverse incentives for firms not to minimize costs".

[528] ARMSTRONG, Mark, et al [1999:167]:"The first use of a price cap in Britain was for the dominant firm that supplied contraceptive sheaths. The Monopolies and Mergers Commission (MMC 1982) recommended that the rate of increase in the firm's average price should be limited to the rate of increase of a cost index less 1.5%, that the Office of Fair Trading (OFT) should monitor its implementation, and that it should review the control after five years".
O enquadramento teórico foi feito quase uma década antes daquela primeira aplicação. Cf.PROSPERETTI, Graziella Marzi Luigi e Emma Patzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali – teoria e pratica*, il Mulino, Milão, 2000, p. 222: "Il modello di regolazione con *price cap* adottato in Gran Bretagna trova la sua formulazione originaria in un documento (Littlechild 1983), preparato per il governo in previsione della privatizzazione del settore delle telecomunicazioni, nel quale il *price cap* venina confrontato con diversi schemi regolatori...".

Onde aquela era lenta e pesada, com intromissões na gestão dos regulados (atingindo essas intromissões um detalhe[529] tal que mais pareciam *expropriações* dos direitos dos accionistas) e pouco fomentadora da eficiência, porquanto permitira recuperar a totalidade dos custos, esta seria o contrário.

Na *Price Cap Regulation*. (ou regulação por IPC-X) a variável sujeita a regulação é o preço médio de venda dos produtos e/ou serviços da empresa regulada. Podendo, numa variante, ser o nível de proveitos.

Tendo como base os preços de um dado ano[530] o regulador estatui que os preços não poderão, nos anos seguintes, crescer mais do que o valor resultante da diminuição ao Índice de Preços no Consumidor (vulgo inflação) da obrigação de acréscimo de eficiência da empresa regulada.

Contudo, devido às assimetrias informativas (V. *infra*), o regulador pode ser levado a crer que está a impor uma verdadeira procura de eficiência quando, na prática, está apenas a dar cobertura à prática de preços equivalentes aos que resultariam da cobrança de uma renda monopolista[531].

---

[529] Um exemplo apenas. Em Inglaterra, num dado momento, a entidade reguladora do sector ferroviário deu um sério, ponderado e longo parecer sobre a sua decisão de aceitar os custos relativos ... às fardas do pessoal.

[530] Preços esses que têm de ser avaliados muito como se de RRR se tratasse. Isto é, é necessário avaliar o montante do capital necessário para o período regulatório, os custos de operação e manutenção e a sua evolução expectável, entre outros aspectos já acima identificados. E esta é a primeira fragilidade, quase genética, deste modelo.

[531] TAYLOR, John B, [2003:274]: "The method is called incentive regulation. (…) incentive regulation is sometimes made difficult by asymmetric information. The regulated firm has more information than the regulator about its equipment, technology and workers. Thus, the firm can mislead the regulator and say that its average total cost is higher than actually is in order to get a hipper price".

Isto é, embora os preços possam crescer nominalmente (quando o valor da inflação for superior ao X) eles tenderão a diminuir do ponto de vista real, uma vez que crescem abaixo do nível da inflação.

Neste modelo o regulador tem de fixar:

a) o nível inicial de preços ou proveitos considerados;

b) o nível da obrigação de ganhos de eficiência (o valor de X);

c) A duração do período de regulação

A opção pela adopção do preço médio tem como implicação que qualquer variação de quantidade é considerada no montante de proveitos a que a empresa tem direito. Já se se considerar o nível de proveitos as variações de quantidade não têm qualquer impacte no montante de proveitos a que a empresa regulada tem direito.

---

Cf., ainda, BARON, David P. e David Besanko, "Regulation, Asymmetric Information, and Auditing", *Rand Journal of Economics*, vol. 15, n.º 4, 1984(a), republicado *in The principal agent model: The economic theory of incentives*, (eds. Jean-Jackes Laffont), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 162, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003 e, dos mesmos autores, "Regulation and information in a continuing relationship", *Information Economics and Policy*, vol 1, n.º 3, 1984(b) republicado *in The principal agent model: The economic theory of incentives*, (eds. Jean-Jackes Laffont), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 162, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003.

Este aspecto tem implicações importantes. Desde logo, porque se naquele primeiro modelo o risco da variação da procura corre por conta da empresa regulada já no segundo a variação da procura corre por conta dos consumidores.

Ora o *risco* do negócio passa exactamente por aí. Existem, contudo, fórmulas que repartem entre a empresa regulada e os clientes os riscos associados a uma evolução da procura diferente da considerada aquando da fixação dos valores para o período de regulação. As mesmas distinguem, no essencial, custos fixos de custos variáveis.

De seguida, a opção pelo montante da redução de eficiência imposta (o valor de X) pressupõe a capacidade de determinar o grau comparativo de eficiência da empresa regulada no momento inicial (cfr. o que *supra* se disse a este propósito na RRR, nomeadamente as dificuldades inerentes à criação de *benchmarks* credíveis) e, o que não é menos complexo, qual o papel da inovação tecnológica nas futuras reduções de custos[532].

A definição do *price cap* é muito difícil quando não se sabe qual é a percentagem das ineficiências ou da margem para redução de custos ou das receitas adicionais que possam ser cobradas.

O *price cap*, enquanto indicador quantitativo geral não permite ao regulador indicar exactamente onde é que as ineficiências devem ser corrigidas. Por isso não são de desprezar como complementos "price caps" aplicados a certas e determinadas rubricas de despesa.

---

[532] PROSPERETTI, Graziella Marzi Luigi e Emma Patzu [2000:224]: La determinazione del valore di X è rilevante perché il suo ruolo è strategico nell definire il tetto alla crescita dei prezzi dell' imprensa.".

Uma alternativa passa por não considerar todos os custos do monopolista para efeitos de definição do nível de preços.

Por fim, é necessário definir o período de vigência do sistema[533]. Este deve ser suficientemente longo para permitir que os incentivos a uma eficiência acrescida sejam "eficazes" mas não tão longo que impeça um ajustamento das variáveis a alterações significativas dos pressupostos ou à necessidade de recolocar a matriz de partilha de ganhos de eficiência entre a empresa regulada e os consumidores.

De facto, se o período é demasiado curto a empresa não tem qualquer incentivo a levar os seus ganhos de eficiência para além dos exigidos pelo modelo, porque estes lhe serão retirados por uma revisão em alta do valor do X.

Se o período for demasiado curto a empresa, se conseguir inicialmente um ganho extraordinário de eficiência estará a cobrar preços acima da recuperação de custos, com perdas absolutas de bem-estar social por desistência de consumo face ao preço regulado (que é, neste caso, superior ao preço real, ou de mercado).

Actualmente os períodos regulatórios mais adoptados variam entre os 3 e os 5 anos.

---

[533] Cf.PROSPERETTI, Graziella Marzi Luigi e Emma Patzu [2000:231]: "La determinazione dell' intervallo di regolazione è forse l'elemento del modello con *price cap* che maggiormente lo differenzia da quello sul rendimento del capitale.".

O modelo de *Price Cap Regulation* é, contudo, e depois do momento inicial de fixação da fórmula para o período regulatório, muito mais flexível do ponto de vista da iniciativa privada[534].

Permitindo à empresa regulada, desde que respeitando aqueles referenciais agregados, adoptar a gestão que bem entenda[535].

Por isso é este modelo muitas vezes associado a uma regulação mais próxima do mercado (ou mais *laissez-faire)* e menos de comando e controlo[536]. Com vantagens (mais teóricas que práticas[537]) sobre o modelo de RRR.

Contudo, e como vimos, a sua aplicação tem também dificuldades importantes.

---

[534] Há mesmo quem afirme que a "Price cap regulation is similar to performance-contracting" (FRIEDMAN, Lee S. [2002:687]).

[535] ARMSTRONG, Mark, et al [1999:172]: "The price cap applies to an average of prices if the firm sells multiple products, and the firm is usually allowed some freedom to alter relative prices within the overall constraint.".

[536] Cf. BOSCHECK, RALF [2002:311] "Hence, recent advances in regulatory theory and practice focus on designing incentives schemes that are to accommodate the regulator's observational limits, align the firm's interests to socially efficient outcomes, and make regulatory relations less intrusive. (…) Replacing return limits with profit-independent, periodic price-caps provides firms with clear incentives for cost reduction."
"Proponents of price-cap regulation, introducing it as "probably the most effective, transitory step on the path towards total deregulation", have since been criticised for the approach's inability to control the risk of asymmetric information and fraudulent and anti-competitive behaviour." p. 346.

[537] Cf. CREW, Michael A., Michael R. Friedman, "Information Economics and new forms of Regulation", *Competition and the Regulation of Utilities*, (ed. Michael A. Crew), Kluwer Academic Publishers, Boston, 1991, p. 158: "Although price cap regulation apparently has the blessing of both the companies and the regulators, it is not immediately apparent that it dominants ROR regulation in terms of its efficiency and equity characteristics.".

Ambos os sistemas, que descrevemos nos seus elementos essenciais comportam as dificuldades que enunciámos e sofrem de deficiências várias.

Assim, na regulação por taxa de rendibilidade há uma clara ligação entre os proveitos permitidos e os custos o que implica que o regulado não tem qualquer incentivo para reduzir os mesmos ou para aumentar a sua eficiência[538].

O sistema é ainda permeável à cobrança de rendas monopolistas, disfarçadas sob a forma de custos (empolando a curva de custos médios o regulado obtém o mesmo lucro anormal que o monopolista).

Como, em regra, se permite ao monopolista recuperar os seus custos totais ele não tem incentivo, *per se*, para reduzir custos, aumentar a eficiência ou procurar receitas adicionais[539].

Pelo contrário. O monopolista tem um incentivo no sentido de recolher a sua renda sob a forma de ineficiências (e até mesmo gastos sumptuários) , uma vez que o regulador não lhe permitirá incluía-la *enquanto* tal no preço.

Na regulação por IPC – X como são estabelecidos preços que proporcionam proveitos que não estão claramente ligados aos custos verificados

---

538 NEWBERRY, David M., *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, 2.ª Edição, MIT Press, Cambridge, 2000, p. 50: "The main problem of rate-of-return regulation is that linking revenues to costs reduces the incentive to cut costs.".

539 TAYLOR, John B, [2003:274]: "(…) there are some serious problems with average total cost pricing. (…) there is no incentive to reduce costs. Sloppy work or less innovative management could increase costs. (…) Inefficiencies could occur with no penalty whatsoever. (…)".

mas a custos objectivos determinados pelo regulador existe um incentivo para a redução de custos[540] mas o sistema permite ganhos excessivos.

Na regulação por taxa de rendibilidade, por outro lado, é garantido o equilíbrio económico-financeiro da empresa regulada o que não acontece com a regulação por IPC – X.

Concomitantemente, se naquele sistema existe um risco de sobre-investimento, já neste existe um risco de sub-investimento[541].

A solução de futuro, no entender da maioria da doutrina, passa pela aproximação dos dois modelos, de forma a aproveitar as vantagens de cada um, tentando colmatar as suas fragilidades.

E pelo reforço de mecanismos complementares que atendam a questões como a *qualidade* do serviço prestado ou do bem produzido[542], a que qualquer um dos dois sistemas analisados é relativamente imune.

Cumpre agora, *lateralmente*, e antes de retomar o excurso que se enunciou, mencionar algumas das inúmeras dificuldades adicionais à definição do modelo a

---

[540] PARKIN, Michael et. al [2000: 460]: "An incentive regulation scheme is a type of regulation that gives a firm an incentive to operate efficiently and keep costs under control.".

[541] Que pode ser visto como uma forma de redução rápida de custos. Obviamente que, no longo prazo, isto não é positivo porquanto os investimentos terão de se fazer, sob pena de perda de capacidade produtiva e de qualidade da prestação do serviço, sendo mais onerosos tanto quanto mais forem adiados.

[542] Cf. GOUVEIA, Rodrigo [2001:44]: "O organismo regulador deve ter um papel activo na definição dos padrões de qualidade e segurança dos respectivos serviços.(...) ... torna-se necessário que o organismo regulador detenha competências ao nível do acesso de novos fornecedores, bem como ao nível da relação entre os diversos profissionais existentes.".

adoptar quanto à regulação do preço, concretamente os relacionados com a assimetria informativa[543] e o *regulatory lag.*

Para saber quais os preços que deve autorizar[544], fixar ou incentivar e a melhor metodologia[545] o regulador tem de conhecer a estrutura de custos do regulado[546].

Ora o regulado tem poucos incentivos para ser transparente nessa matéria, antes pelo contrário.

Existem, para mais, formas das mais variadas pelas quais o regulado pode manipular os custos para efeitos de regulação[547].

---

[543] V. CHICK, Martin, "Nationalization and the background to recente regulatory issues", *Industrial Economic Regulation* (ed. lit. Roger Sugden) Routledge, Londres, 1993.

[544] Mínimos ou máximos, para o caso é indiferente.

[545] Os factores determinantes da escolha da melhor metodologia devem estar relacionados com qual delas permite uma melhor regulação. Esse nem sempre será, contudo o caso. Cf. NEWBERRY, David M. [2000:55]: "the FCC has switched to setting price-caps for interstate services (…) a more cynical view might be that the original regulatory institution had lost its purpose once long-distance telecoms became sufficiently competitive, and that the change reflects the attempt of the FCC to maintain its regulatory purpose in life.".

[546] Cf. BARNES, David W., Baron, et al [2003:313]: "An incentive-compatible regulatory policy in which the firm has no incentive to misreport its cost can, however, be shown to be at least as good as any non-incentive-compatible regulatory policy, so the regulatory need only consider incentive-compatible policies.(...) The optimal regulatory policy necessarily depends on the regulator's prior information about the firm's costs.".

[547] Cf. CHURCH, Jeffrey [2000:864]: "*Tying or Discriminatory Provision of Access*. This involves the regulated monopolist realizing its monopoly profits in markets for downstream or complementary products. *Cost misallocation or Cross-Subsidization*. This involves the regulated monopolist manipulating the costs in such a way that they are transferred, for regulatory purposes, from the unregulated market to the regulated market.".

Desde logo, pode tentar ocultar contabilisticamente a verdadeira situação da empresa ou mesmo resistir à partilha de informação com o argumento – em si mesmo válido – da necessidade de manter o seu sigilo comercial[548].

É necessário, portanto, que a entidade reguladora disponha de amplos poderes de fiscalização e de meios adequados a ultrapassar estas naturais dificuldades[549].

Podem existir, por exemplo, um aumento de custos associado ou não a uma redução de receitas com vista a conseguir autorização para preços mais altos.

Actualmente muitas entidades dependem da informação fornecida – e habilmente manipulada[550] – pelos regulados para aferirem a sua estrutura de custos.

---

Complementarmente veja-se FAURE, Michael e Goran Skogh [2003:203]: "Hence there is an obvious problem of asymmetry and hidden information that opens possibilities for strategic behaviour by all involved. The limited information and the small-number exchange between the regulating agency and the regulated industry result in a complicate bargaining situation without any certain outcomes.".

[548] Cf. SWIFT, John "Transparency, Consistency and Predictability as Regulatory Objectives", *Regulation and Deregulation – Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, (ed. Christopher McCrudden), Clarendon Press, Oxford, 1999.", p. 178: "A further problem is to distinguish between legitimate claims for commercial confidentiality of information supplied to the regulators and attempts by regulated companies to reinforce the "information asymmetry" between them and the regulators".

[549] V. CAVE, Martin [1992:53]: "trend towards greater transparency: regulated companies are increasingly obliged to disclose cost allocations or separate accounts to the regulator.", p. 53. Dando conta das dificuldades neste domínio em Inglaterra V. GRAHAM, Cosmo, "Regulating enterprise: law and business organization in the UK", *The regulation of privatized utilities*, (ed. Davis Milman), Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 207: "A key issue for all the consumer bodies is their ability to obtain information from the companies. However, none of them have any rights to obtain information from the companies.".

Este caminho não é o correcto como bem demonstram os recentes problemas da supervisão financeira no mercado de capitais americano e europeu.

Assim, ambos os modelos têm em comum a necessidade de, para a sua operacionalização, serem criadas ferramentas contabilisticas que, observadas determinadas regras fixadas pela autoridade administrativa, produzem contas[551] que permitem à entidade reguladora, com facilidade, verificar o cumprimento das suas determinações em matéria de preço.

São as chamadas contas de regulação que diferem, normalmente, das contas legalmente exigidas à generalidade das empresas.

Apesar de obrigarem a um esforço adicional por parte das empresas reguladas (e, consequentemente, significarem um custo adicional) este tipo de contas constitui um auxiliar importante no exercício da actividade regulatória, sendo comummente utilizadas (*v.g.* o caso, em Portugal, dos mercados da electricidade e, proximamente, do transporte ferroviário).

---

[550] MCBARNET, Doreen e Christopher Whelan, "Challenging the Regulators: Strategies for Resisting Control", *Regulation and Deregulation – Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, (ed. Christopher McCrudden), Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 68: "the problem has been not so much non-compliance as "creative compliance". Creative compliance means resisting regulation not by flagrantly breaking the law, but by using it.".

[551] Normalmente referidas como *contas de* regulação. Sobre a sua importância Cf. HOLMSTROM, Bengt [1979.141]: "...essentially any imperfect information about actions or states of nature can be used to improve contracts, we have an explanation of the observed complexity of real contracts (as evidenced for instance in insurance arrangements). Additional information is of value because it allows a more accurate judgment of the performance of the agent; or viewed differently, it provides the same incentives for effort with less loss of risk-sharing benefits."

Para aumentar a complexidade o regulador tem de ter em conta que trabalha com valores do último exercício para autorizar os preços do próximo exercício. Tal consubstancia o chamado *regulatory lag*[552]..

Qualquer variação na estrutura de custos por factores internos à empresa (evolução tecnológica, variação da massa salarial) ou em factores endógenos (taxa de juro ou inflação) pode levar a que o preço autorizado se revele:

a) excedentário (se houve redução de custos ou aumento de receitas não considerados) sancionando o regulador a cobrança de preços abusivos (aquilo que é suposto evitar) ou;

b) deficitário, forçando o monopolista a incorrer em dívidas para equilibrar as contas, com repercussões na eficiência futura (outro dos valores que o regulador deve defender).

Como se deixou longamente assinalado a tarefa de regular preços é muito complexa. E, se forem cometidos erros, os custos sociais podem ser elevados. Para que os mesmos não ocorram é necessário que a entidade reguladora assuma uma postura de cautela na definição do tipo de mecanismos que são adequados e na avaliação da sua exequibilidade.

Não existe, em nosso entender, qualquer modelo cuja supremacia possa ser defendida como absoluta. Tudo depende do sector em causa, do tipo de actividade a regular, dos objectivos a tingir, da maturidade do mercado e da capacidade da

---

[552] Mais relevante no caso da Regulação por IPC-X (cf.*infra*). Cf. ARMSTRONG, Mark, Simon Cowan et al [1999:178] enfatizam "Regulatory lag is perhaps the key feature that differentiates RPI - X from rate-of-return regulation".

própria entidade reguladora para aplicar um ou outro sistema ou, melhor, uma combinatória feliz dos dois.

Em qualquer caso, existindo esses cuidados, a estrutura de preços que resulta da intervenção de tipo regulatório deverá permitir ultrapassar ou, ao menos, minorar (o que consubstancia já uma melhoria do bem-estar social) a falha de mercado associada à circunstância do monopolista natural ser um *price maker*.

O controle de nível de produção do monopolista natural por parte de uma entidade reguladora pode implicar impor um tecto máximo de produção (será o caso de sectores ambientalmente onerosos) ou, pelo contrário, forçar o monopolista natural a acomodar toda a procura existente[553] (será o caso das chamas "public utilities", como o sector da electricidade, onde são impostas as chamadas "obrigações de serviço universal").

A regulação do nível de produção pode ou não ser acompanhada de regulação de preços[554], embora o nível de produção vá sempre condicionar o preço se este não estiver fixado, existindo, neste caso, uma regulação indirecta do preço por via do uso da lei da oferta e da procura.

---

[553] O direito da concorrência em geral contém também mecanismos adequados a este segundo tipo de situação, quando proíbe a recusa não fundamentada de prestação de serviço do monopolista, especialmente quando exista dependência económica.

[554] As variáveis são interdependentes, naturalmente. Veja-se, por exemplo, MCNUTT, Patrick A [2002:205]: "As a special case in her argument the regulator should not interpret the willingness of a monopolist to be regulated on price (price decrease) independently of the consequential increased output, witch may have been the original intention.".

Também nesta matéria o regulador deve usar de prudência, usando a ferramenta para impedir produção excessiva face à procura (logo, ineficiente) ou cujo custo social seja elevado.

Deve também usar a ferramenta para forçar o monopolista natural a produzir à escala de eficiência máxima possível, desde que a procura o acomode, vencendo eventuais inércias instaladas.

A interacção entre esta ferramenta e a regulação do preço deve ser cuidadosamente ponderada.

Se houver regulação de preço sem imposição de obrigação de fornecer e o preço não for vantajoso, i.e., for abaixo do custo médio, a empresa optará por não produzir[555].

Se não houver regulação de preço, mas existir obrigação de fornecer a entidade reguladora deve analisar atentamente a estrutura de preços adoptada para garantir: que não está a ser cobrada renda monopolista; que não há discriminação entre compradores.

A imposição da obrigação de acomodar toda a procura é particularmente importante do ponto de vista da eficiência, para a sociedade, do monopolista natural.

É por isso que normalmente se força o monopolista a fazer subsidiação cruzada entre os clientes cujo custo de fornecimento é menor e os clientes cujo custo de fornecimento é maior.

---

[555] V. VISCUSI, W. Kip, et al, [1998:309].

Isso explica, por exemplo, que um Watt de electricidade custe o mesmo em Lisboa ou numa qualquer aldeia do interior transmontano, pese embora os custos de distribuição sejam muito diversos[556].

A regulação também se pode dar ao nível do número de produtores admitidos.

No caso dos monopólios naturais parece fazer sentido admitir um em termos de eficiência produtiva, como demonstrado *supra*[557].

Portanto, na regulação de monopólios naturais, o papel do regulador é proteger a proibição legal de existência de mais produtores[558].

Já quando se trate de limitar a produção de externalidades negativas, por exemplo, a postura é a inversa, com a limitação do número de empresas no

[556] Há autores que consideram existir aqui preços discriminatórios. Serão, mas trata-se de discriminação positiva com base em solidariedade inter-regional. V. DNES, Anthony W, "The Future of the British Post Office", European Journal of Law and Economics, n.º 4, Kluwer Academic Publishers, Haia, 1997, p. 94: "A geographically uniform tariff, or *péréquation tarifaire*, in fact gives discriminatory prices since costs differ from region to region.".

[557] PORRINI, Donatella,, (2001), refere que, nestes casos: "the law allowed a single firm, publicly or privately owned but in any case regulated, to operate as a monopolist, submitted to price regulation and assuming obligations to extend service to all customers within the national territory.".

[558] Em Portugal, a Lei de Delimitação de Sectores (Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho) reservava ao Estado ou a entidades por ele autorizadas o acesso à maioria das actividades que poderemos qualificar como monopólios naturais estruturais. Com as alterações recentes introduzidas pela Lei n.º 35/2013, de 11 de Junho, este cenário alterou-se.

mercado(através de licenças, alvarás ou outro tipo de actos de autorização de actividade).

Pode também haver proibição de saída de certos mercados. Por exemplo quando, como referido *supra*, se estabelece uma obrigação de serviço universal, a empresa regulada fica proibida de abandonar os mercados menos lucrativos[559].

Se a regulação envolve – parcialmente – mercados que não são monopólios naturais[560] caberá ao regulador promover a entrada de novas firmas no mercado[561], não se dispensando de verificar a sua capacidade técnica e financeira[562], nomeadamente através de um processo de licenciamento, mas sem permitir que esse procedimento se constitua numa barreira de entrada substitutiva do anterior monopólio[563].

---

[559] Cf. BARROS, Pedro P. e M. Carmo Seabra, *Universal Service: Does Competititon Help or Hurt?*, policopiado, Working Paper n.º 297, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Economia, Lisboa, 1997.

[560] É o caso de alguns reguladores em Portugal, que acumulam a regulação do monopólio natural estrutural (v.g. rede eléctrica ou rede ferroviária) com a regulação do mercado de prestação de serviços que implicam a utilização dessas redes (v.g. fornecimento de electricidade e prestação de serviços de transporte ferroviário) onde se prevê virem a ser introduzidos graus sucessivos de liberalização, muito por força das Directivas comunitárias sobre a matéria, num movimento concertado a nível europeu de liberalização desses sectores.

[561] Cf. ARMSTRONG, Mark [2001:155] "It is common regulatory practice to «assist entry", especially in the early stages of liberalization (…) Economic theory has not generated any clear-cut general principles in this regard. Entry assistance might stimulate beneficial future competition that otherwise would not exist, but might also damage productive efficiency and distort competition.".

[562] V. GOUVEIA, Rodrigo (2001), p. 45 em que este autor defende ser "necessário um controlo no acesso ao mercado de novos fornecedores (...) [que] cumpram critérios mínimos de qualidade, segurança, entre outros.".

[563] Cf. WHITE, Stewart et al. *Satellite Communications in Europe – Law and Regulation*, 2.ª Edição, Financial Times – Law and Tax, Londres, 1996, p. 155: "Many barriers can exist which discourage potential competitors from entering a given market. These barriers can take many forms, such as (…) over-regulation in the sector. (…) One of the major barriers to entry can be licensing.".

É a chamada regulação *assimétrica*, porque favorável aos novos operadores[564]. Esse favorecimento *objectivo* destina-se a compensar as vantagens *subjectivas* do operador existente e foi utilizado, por exemplo, em Portugal, no sector das telecomunicações fixas[565].

De notar ainda que a proibição de entrada se pode destinar a evitar estratégias de *cream-skimming*, em que as novas empresas ficariam apenas com o melhor do mercado, deixando o remanescente ao operador (nomeadamente as obrigações de serviço universal[566]).

---

No mesmo sentido V. STIGLER, George J., *The Citizen and the State – Essays on Regulation*, The University of Chicago Press, Chicago, 1975, p. 128: "The license is an effective barrier to entry".

[564] Embora nem sempre. ARIÑO, Gaspar, *Economía Y Estado – Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 274 adverte: "La tentación de usar la regulación para privilegiar (o mantener los privilegios) a las empresas públicas ha sido demasiado fuerte y en ella han caído a menudo nuestros Gobiernos.".

[565] Com um sucesso, pelo menos, moderado. De facto, o estímulo à entrada levou a que entrassem no mercado toda uma série de operadores – entretanto já desaparecidos – que não tinham condições para gerar uma pressão competitiva real e duradoura. O que reforçou a imagem de confiança e rigor de que já gozava o operador histórico, com prejuízo óbvio para os recém-entrados que tinham condições para estar no mercado. Alertando para este tipo de situações V. ARMSTRONG, Mark [2001:166] "for any proposed policy designed to protect one group (…) the regulator should think hard about the possible side-effects in terms of inefficient entry.".
Sobre a experiência brasileira Cf. LEHFELD, Lucas de Souza, *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 109: "A reestruturação do setor de telecomunicações foi evidenciada pela adopção de um instrumental regulatório, por parte da Agência Nacional de Telecomunicações, com fortes assimetrias pró-entrantes.". Alertando ainda para a necessidade de vigiar o sistema assimétrico LEHFELD, Lucas de Souza [2003:115]: "o que requer, devido à complexidade do quadro regulamentar, um detalhado acompanhamento da evolução desse mercado, e com isso verificar o momento ideal para a manutenção dessas regras assimétricas.".

[566] HARRISON, Jeffrey L. [1998:237]: "As the label implies, the cream-skimming enters the market and takes only the very "best" costumers, leaving those who are willing and able to pay a price below average total cost to the remaining firm. The obvious response to cream-skimming is to protect the incumbent firm from new entry."

A regulação do acesso ao mercado passa ainda, muitas vezes, pela questão das *essential facilities*. De facto, a introdução de novos operadores num dado mercado onde se pretende promover a concorrência depende, muitas vezes, de se garantir o acesso desses operadores a determinadas infra-estruturas detidas pelo operador histórico[567].

Tal acontece, nomeadamente, quando a prestação do serviço depende[568] do acesso a uma rede (*v.g.* telefónica, de electricidade[569]). Desde que a rede permita comportar novos operadores[570], e em regra permite o acesso deve ser garantido em

---

[567] É o caso, normalmente citado, do chamado "lacete local" nas telecomunicações. Sobre o assunto V. DOYLE, Chris, "Local loop unbundling and regulatory risk", *Journal of Network Industries*, Vol. 23, Haia, 2000. Em Portugal a não obrigação de concessão de acesso ao lacete local em condições competitivas terá sido um factor importante que distorceu o mercado.

[568] CHURCH, Jeffrey [2000:861]: "the stages of production that are potentially competitive require entrants to have access to complementary inputs produced by the incumbent monopolist.".

[569] Cf. CAMERON, Peter [2002:24]: "As competition will not naturally occur in markets where natural monopolies of transportation exist, it is necessary for regulation to provide a surrogate for competition. Essentially, a dominant network owner will control access to consumers and network access will quickly become the principal but not the sole barrier to entry. Some form of regulation will be required to prevent the owner and operator of the networks from extracting monopoly rents at the expense of other parties in the supply chain. (…) Experience has shone that a prerequisite to a successful program of liberalization in the network-bound sector of energy market is the establishment of an independent regulator charged with taking actions to promote competition.".

[570] Cf.DE LÉON, Ignacio [2002:60]: "Viewing the problem as one of allowing – or denying – access ("open source") to certain firms regarded as potential entrants, predictably places the policy-marker in the position of solving the vexing problem of whether the contested resource in sufficient for the two sides. (…)
Yet, regulators almost unanimously think they *are* promoting competition by determining whether one competing firm should be given access to a resource that is already in the hands of another firm, or whether the later should hold exclusive rights on the resource, since there are other existing facilities that could be used.".

condições de equidade e a preços próximos do custo real da concessão de acesso[571].

Esta é uma tarefa, contudo, que só deve caber à *regulação económica* quando surja associada à regulação da rede, porquanto, e em todas as outras situações, as autoridades de defesa da concorrência dispõem dos meios para lidar com eventuais recusas de acesso[572].

A entidade reguladora pode também intervir sobre os patamares de qualidade e fiabilidade de serviço cumpridos pelo monopolista natural. E sobre os níveis de externalidades negativas inerentes à produção de dadas quantidades de um bem gerador desse tipo de falha de mercado.

Esta faculdade é particularmente importante no caso de existirem obrigações de serviço universal. A mesma pode ser estendida ao cumprimento de normas de segurança, de normalização técnica[573], entre outros.

---

[571] Cf. FILHO, Calixto Salomão [2002:44]: "Fica patente, portanto, que o problema concorrencial colocado pela existência de uma *essential facility* só se resolve quando o acesso a esse bem essencial é garantido em condições e preços adequados.".

[572] Cf.o disposto na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, já citada. Para um exemplo de regulação por autoridade administrativa com funções de regulação económica cf.o Decreto-Lei n.º 270/2003, já citado.

[573] A normalização técnica, normalmente efectuada pela imposição de standards, tem as suas próprias características de complexidade. V. CABRAL, Luís M. B. [2000:328] "If deciding whether or not to favour standardization is a difficult question, which technology or standard to favour is an even more difficult one. In this context, one problem faced public policy is that of information and timing.". A questão é particularmente relevante na regulação de mercados geradores de externalidades.

O regulador, ao impor este tipo de regulamentação técnica tem de ter presente a necessidade de não aderir cegamente aos padrões utilizados pelo regulado.

A implementação deste tipo de regulação tem custos elevadíssimos[574] para todas as partes: impõe um ónus económico sobre as empresas reguladas[575], introduz rigidez e demora na modernização e na inovação[576], podendo levar a um aumento de custos a repercutir no futuro sobre o comprador; e tem custos elevados para o regulador pois obriga a monitorizar o mercado e a definir o que é ou não qualidade e o que é ou não fiabilidade[577].

Até porque os mesmos podem estar empolados como forma de prejudicar os concorrentes mais recentes ou mais frágeis, com menor poder económico. De facto, uma firma com maior poder económico, que possa suportar as perdas

---

[574] A avaliação prévia desta condicionante é, contudo, muito complexa, só se revelando a totalidade os custos da regulamentação após a sua aplicação. V. BOWLES, Roger [1995:249]: "L'effetto di impatto di una regolamentazione su un mercato è, in ultima analisi, una questione empírica.".
Cf. BOWLES, Roger [1985:240]: "L'effetto di impatto di una regolamentazione su un mercato è, in ultima analisi, una questione empírica.".

[575] Cf. GWARTNEY, James D. et. al [2000: 807]: "When approval has to be obtained from regulators, it will be difficult to introduce new products, including those that might potentially save lives.".

[576] Cf. GWARTNEY, James D. et a [2000:807]: "regulation is inflexible and slow to react to dynamic change".

[577] Sendo que, muitas vezes a coberto de considerações de segurança, o custo da regulamentação nem é tido em linha de conta. Tal fará sentido quando, efectivamente, assim seja, mas é necessário averiguar até que ponto tal justificação está objectivamente sustentada. Cf. GLAISTER, Stephen e Tony Travers, *Liberate the Tube! – Radical proposals to revitalise the London Underground*, Centre for Political Studies – LSE, Londres, 1995, p. 25: "Safety regulation is onerous: there is the Underground's internal safety unit which is overseen [por várias entidades públicas]. There is little opportunity to bring economic or commercial considerations to bear in the deliberations of these bodies.".

inerentes pode apoiar regulamentação exigente como forma de obter resultados semelhantes aos que resultariam da prática de preços predatórios.[578]

Isto é possível sempre que existem custos diferentes consoante as dimensões das empresas ou algum tipo de regulação assimétrica.[579]

Deve, portanto, ser feita uma cuidadosa análise custo-benefício que permita tomar uma opção esclarecida.

Outra ferramenta escassamente utilizada é a capacidade de regular os projectos de investimento[580], quer no sentido de os negar, quando desnecessários, ou ineficientes, quer no sentido de os impor - actualização tecnológica.

---

[578]Cf. BARTEL, Ann P. e Lacy Glenn Thomas Predation through regulation: the wage and profit effects of the occupational safety and health administration and the environmental protection agency, "Journal of Law and Economics", vol. XXX, n.º 2,1987 republicado in The Foundations of Regulatory Economics, vol. III, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998 explica, p. 240: "It has been shown that activities that raise rivals' costs are, in fact, predatory in many circumstances. The three conditions necessary for activities to be regarded as predation are competitor damage, predator benefit, and consumer damage.". detalhando, a p. 259 e ss. "… regulation has become a predatory device that indeed is utilized to enhance the wealth of predators and to reduce the wealth of rivals.(…) Discussions about regulatory reform or deregulation can benefit from the insights derived from the modal of predation through regulation by gaining more accurate forecasts of the effect of proposed changes on various interests groups.".

[579] *idem, ibidem,* p. 242: "Indirect effects of regulation arise from two possible sources: a compliance asymmetric whereby one firm suffers a greater cost burden per unit of output even when regulations are equally enforced across firms or from an enforcement asymmetric whereby regulations are more vigorously enforced against certain firms.".

[580] A legitimidade das entidades reguladoras de intervirem sobre projectos de investimento decorre da prerrogativa de controlo de preços, presente o impacto que estes projectos podem ter nos mesmos.

Este último aspecto está particularmente pouco estudado e prende-se intimamente com a forma como se regulam os preços.

O monopolista não terá nenhum incentivo em realizar actualizações tecnológicas que baixem os custos na medida em que tenha de passar todo o benefício para os utilizadores, na próxima revisão dos preços autorizados.

Competirá à entidade reguladora usar um incentivo ou impor uma obrigação que permitam ultrapassar esta circunstância.

Tal pode ser feito, por exemplo, reduzindo o *price cap* por ter ocorrido um melhoramento de eficiência, ou através da ameaça de imposição de um *price cap* sobre no valor dos custos que resultam da diferença entre o cenário em que há investimento e aquele em que não há investimento na inovação tecnológica.

Será de ter em conta, neste particular, também o facto de as inovações tecnológicas poderem ser feitas pela entidade regulada pese embora não sejam criadoras de valor acrescentado. Porquê? Porque permite empolar os custos e, em qualquer caso, a empresa monopolista passará sempre os custos para os compradores, pelo que não corre riscos.

No caso dos mercados geradores de externalidades esta ferramenta é muito importante, pois a imposição de investimentos que diminuam a geração de custos sociais e/ou que aumentem a eficiência permitem diminuir as perdas de bem-estar social.

Tal como se foi expondo ao longo do texto a opção pela *regulação económica* pressupõe a demonstração de que a mesma permite colmatar uma falha

de mercado, tem efeitos positivos sobre o bem-estar social e é menos onerosa que qualquer forma alternativa de intervenção do Estado.

Não deixámos de dar conta, analisando os instrumentos de regulação, que os mesmos são imperfeitos e que podem mesmo ter efeitos perversos – contrários mesmo ao pretendido ou *apenas* ineficientes – dependendo muito a qualidade da sua aplicação do conhecimento que a entidade encarregue da regulação tenha do sector regulado. Antecipando, de certa forma, a avaliação final que se fará da *regulação económica*, no que a este aspecto concerne.

O foco final deste capítulo não pode deixar de estar nas dificuldades decorrentes das assimetrias informativas. Ora tal aconselha – impõe mesmo – que à opção pelas ferramentas de regulação económica corresponda a institucionalização de uma Autoridade sectorialmente dedicada que esteja em condições de minorar a dimensão da assimetria.

E, pelas razões que no local próprio se aduzirão, é importante isolar essas entidades da pressão política do dia-a-dia. É usual entender-se que a neutralização ideológica da regulação económica decorre do postulado de que esta se deve pautar por decisões tecnicamente suportadas e politicamente neutras. Mas tal perspectiva chocará, necessariamente, com outras, que não são necessariamente menos importantes.

# 7. Alguns sectores em especial

Consideram-se neste passo alguns sectores em especial.

Partimos do elenco da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (Lei -quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos setores privado, público e cooperativo, doranve lei quadro dos reguladores).

A esse elenco deveria ainda, em rigor, somar-se pelo menos o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora da Comunicação Social, que o diploma, ele próprio, exclui.

Contudo, trataremos apenas, por manifesta identidade, alguns sectores onde avultam monopólios naturais e a existência de regulação económica nos moldes adoptados actualmente é mais apropriada.

Excluímos as entidades relacionadas com o sector financeiro e, bem assim, a Entidade Reguladora da Saúde.

O objectivo é o de dar nota das principais evoluções desse sector e tipo de legislação aplicável seria, para o sector financeiro, carecedor de capítulo autónomo, atendendo à sua especificidade própria, o mesmo se aplicando, por razões diversas, à Entidade Reguladora da Saúde ou da Comunicação Social.

## 7.1 O sector das comunicações electrónicas

### Resenha histórica (remissão)

O sector das comunicações tem a sua origem, em Portugal, com a instalação, em 1882, das primeiras redes públicas de telefone nas cidades de Lisboa e Porto.

Essas primeiras redes públicas urbanas são construídas e exploradas em regime de concessão por uma empresa privada, a The Anglo-Portuguese Telephone Co., Ltd. que, logo em 1887, sucedeu à concessionária inicial, The Edison Gower-Bell Telephone Co. of Europe, Ltd.[581].

A elas se associa o Estado que, no resto do País, implantava novas redes, especialmente a partir de 1904, através de uma entidade pública, então denominada Administração-Geral dos Correios, Telégrafos e Telefones.

Paralelamente, e para a exploração da rádio-telegrafia e da telefonia sem fios foi, em 1922, celebrado um contrato de concessão com a Marconi's Wireless Telegraphy Company à qual viria a suceder a Companhia Portuguesa Rádio Marconi.

A rede telefónica conhece uma expansão pronunciada logo a seguir ao fim da I Guerra Mundial e o número de clientes cresce em conformidade, com um hiato apenas aquando da II Guerra Mundial.

---

[581] A concessão The Anglo-Portuguese Telephone Co., Ltd viria a ser sucessivamente renovada até à década de 60 (cf.*infra*).

Inicia-se, então, um processo de automatização do funcionamento de toda a rede e um amadurecimento tecnológico do sector que viriam a culminar apenas na década de 80.

Em 1968, é criada a Empresa Pública Telefones de Lisboa e Porto (TLP) na sequência do final da concessão da The Anglo-Portuguese Telephone Co., Ltd..

Em 1970, a Administração-Geral dos Correios, Telégrafos e Telefones é transformada em Empresa Pública.

Em 1989, os TLP transformam-se em Sociedade Anónima, detida integralmente pelo Estado[582]. Em 1992 é a vez dos os CTT assumirem a mesma forma de Sociedade Anónima de capitais públicos.

Ainda em 1992, é criada a *holding* pública CN - Comunicações Nacionais, SGPS, S.A., abreviadamente designada por CN, tendo por objecto a gestão das participações sociais que o Estado detinha no sector das comunicações.

Com a sua criação pretendeu-se sobretudo dotar o Estado de um instrumento auxiliar privilegiado para a tarefa de finalização da reestruturação e reorganização do sector das comunicações.

Tal viria a acontecer, no essencial, pela cisão dos CTT - Correios e Telecomunicações de Portugal, S. A., fazendo-se a autonomização das

---

[582] No mesmo ano é ainda aprovada a Lei de Bases do Estabelecimento, Gestão e Exploração das Infra-Estruturas e Serviços de Telecomunicações, Lei n.º 88/89, de 11 de Setembro.

Telecomunicações, desenvolvidas pelos CTT, através da criação da Telecom Portugal, S.A., passando aqueles a dedicar-se exclusivamente aos Correios[583].

Portugal passa, assim, a ter a sua rede de telecomunicações explorada por 3 operadores: os TLP exploram o serviço telefónico nas áreas de Lisboa e Porto; a Telecom Portugal, responsável pelas restantes comunicações nacionais, para a Europa e Bacia do Mediterrâneo; e a Marconi que assegura o tráfego intercontinental.

Estas três empresas lançam, em 1989, o serviço de telefone móvel, criando em 1992 a TMN - Telecomunicações Móveis Nacionais S.A..

O desenvolvimento do mercado das telecomunicações móveis vem tornar muito mais complexo o sector das telecomunicações, ao introduzir, na prática, um concorrente "sem rede" ao monopolista da rede.

Essa competitividade fica, contudo, claramente comprometida pelos elevados custos (especialmente numa fase inicial) daqueles serviços.

Ainda assim, à TMN veio juntar-se a Telecel - Comunicações Pessoais, S.A., que inaugurou a sua actividade comercial em 18 de Outubro de 1992.

Em 1994, constitui-se um operador único nacional de telecomunicações que junta, por fusão, as empresas do sector detidas pela holding estatal CN - a Portugal Telecom, SA (PT), por fusão da Telecom Portugal, dos TLP e da TDP.

[583] Cf. o Decreto-Lei n. º 277/92, de 15 de Dezembro e o Decreto-Lei n.º 122/94, de 14 de Maio.

Em 1995, a anteceder a operação de privatização, a Portugal Telecom integra a participação maioritária que a CN detinha no capital da Marconi[584]. É ainda celebrado com a empresa o contrato de concessão que regula a sua relação com o Estado[585], tornando-a na prestadora exclusiva do serviço de telecomunicações.

A 1 de Junho desse ano, é concretizada a 1ª fase de privatização da Portugal Telecom, SA. Em Setembro do mesmo ano a CN é dissolvida[586], sendo transferidas para o Estado as acções que detinha da Portugal Telecom, SA.

Nessa altura entendia-se que não se justificava a existência de uma sociedade *holding* sectorial específica com as características da CN, uma vez que existia agora uma nova empresa que genericamente se ocupava, entre outras atribuições, da gestão dos interesses societários do Estado nas várias empresas de que ainda é accionista.

Em Junho de 1996 concretiza-se a 2ª fase de privatização da Portugal Telecom, SA, que continua ainda nesse momento a ser uma empresa maioritariamente de capitais públicos.

---

[584] A empresa viria a adquiri a totalidade do capital da concessionária, tendo solicitado, em 1995, o fim do contrato de concessão, o que foi autorizado pelo Despacho n.º 41/95 - XII, de 10 de Novembro, publicado no Diário da República n.º 260 (Série II), de 10 de Novembro, no cumprimento do que estava previsto no respectivo Contrato de Concessão, cujas bases foram aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro.

[585] Cf.o Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro.

[586] Cf.o Decreto-Lei n.º 241/95, de 13 de Setembro.

Em 1996, e pela primeira vez, foram liberalizadas comunicações fixas de voz (através dos Serviços de Redes Privativas de Voz), bem como as comunicações via satélite.

A área liberalizada cresceu substancialmente em 1996, fruto das alterações do enquadramento regulamentar, que abriram progressivamente à concorrência novas áreas de negócio, e também como consequência da evolução extraordinária da actividade dos operadores desta área.

O Serviço Móvel Terrestre foi, entre os serviços liberalizados, um dos mais dinâmicos.

O mercado das comunicações continua, nas suas diversas componentes, a registar taxas de crescimento muito significativas, nomeadamente nas áreas das comunicações móveis e de distribuição de televisão por cabo.

Logo em 1997, é aprovada uma nova Lei de Delimitação dos Sectores[587] que permite ao Estado, deter menos de 51% do capital da Empresa e realiza-se a 3ª fase de privatização da Portugal Telecom, S.A..

Por fim, o mercado de telecomunicações móveis ficou completo com a criação da Optimus Telecomunicações, S.A. que entrou ao serviço em 15 de Setembro de 1998, ao abrigo de uma terceira licença emitida em 1997.

---

[587] Cf. a Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho. Actualmente este sector já não conhece qualquer protecção por parte da Lei de Delimitação de sectores. Cf. a Lei n.º 35/2013, de 11 de Junho.

Em 1999, conclui-se 4ª fase da privatização da Portugal Telecom que inclui um aumento de capital, que o Estado não acompanha. Depois destas duas operações, o Estado fica com uma participação de apenas 11%, que vem a alienar em 2000, na 5ª e última fase de privatização.

É neste contexto de progressiva liberalização das comunicações fixas e de concorrência limitada nas telecomunicações móveis que o Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro veio criar o ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP – ANACOM) que, como veremos, tem a responsabilidade de gestão do sector.

Paralelamente, é de referir que a Lei n.º 17/2012, de 26 de Abril, que alterou a Lei de Delimitação de Sectores, abriu de forma ampla ao sector privado toda a actividade tradicional da prestação de serviços postais, o que veio a ser confirmado pela revisão posterior da mesma operada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de Junho.

**Principal legislação aplicável (a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro)**

Como se referiu o regulador pode tentar criar condições mais favoráveis para as empresas que estão a tentar entrar no mercado estamos perante a chamada regulação *assimétrica*, assimétrica porque favorável aos novos operadores.

A Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro[588], insere-se nesta tendência.

---

[588] Sucessivamente alterada, a última das vezes pela Lei n.º 42/2013, de 3 de Julho.

No âmbito da mesma, o ICP – ANACOM tem competência para definir e analisar os mercados relevantes, avaliar a existência de poder de mercado significativo (PMS) e determinar as medidas adequadas (obrigações) às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas.

Assim, a regulação mantém-se como assimétrica, a partir da existência ou não do chamado Poder de Mercado Significativo (PMS) que funciona como elemento operativo.

O conceito de PMS está claramente definido no artigo 60.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, o qual dispõe que *"uma empresa tem poder de mercado significativo se, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e dos consumidores."*.

Esta *equivalência* ao conceito de posição dominante mostra – ou esconde – que, na legislação nacional, tal como na legislação comunitária a que esta dá transposição[589], é assumida a proximidade deste mercado regulado aos mercados em que a regulação é geralmente entendida como desnecessária, face à presença de suficientes elementos de concorrência.

Tal suscita duas ordens de considerações:

---

[589] A Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro procede originariamente à transposição, em "pacote", das Directivas n.os 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, e 2002/22/CE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março, e da Directiva n.º 2002/77/CE, da Comissão, de 16 de Setembro.

a) Em primeiro lugar, torna necessário discutir até que ponto é que ainda se justifica uma intervenção sectorial dedicada, o que remete necessariamente para a avaliação das fronteiras entre a regulação económica nos moldes aqui analisados e a intervenção moderadora da Autoridade da Concorrência;

b) Em segundo lugar, e é questão manifestamente conexa, importa ponderar se, cumprida a função de *market building*, e existindo já um mercado, ainda que padecendo de condições imperfeitas de concorrência, não deve a entidade reguladora sectorial específica ser substituída pelas autoridades de defesa da concorrência.

   Ou seja, se não se deve adoptar um modelo de *light regulation*, isto é, a regulação apenas ao nível da defesa da concorrência. Com o argumento de que a mesma é menos onerosa[590] e condiciona menos o funcionamento dos mercados[591].

   Esse modelo surgiria por oposição à *hard regulation*, que corresponde à regulação económica em sentido amplo e, portanto, também à nossa regulação económica[592].

---

[590] O que não quer dizer que a "light regulation" seja isenta de custos. Neste sentido V. AA., VV. *Business and Developing Countries – a study of the role of private Enterprise in Economic Development,* Praeger Publishers, 1973, p. 24, onde se verifica que: "During the 1960s some American investment took place abroad simply because anti-trust laws inhibited some of the biggest firms from investing at home. ".

[591] Na sequência de um ".growing disenchantment with the usefulness of the traditional role of regulation in economic analysis as a *deus ex machina* which eliminated one or another unfortunate allocative consequence of market failure." (Cf. PELTZMAN, Sam, "Toward a more general theory of regulation", *Journal of Law and Economics*, vol. XIX, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics*, vol.II, 1976, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998, p. 211).

[592] Cf. DUTRA, Pedro, *Livre Concorrência e Regulação de Mercados – Estudos e Pareceres*, Renovar, 2003, p. 270: " ... distinções existentes – finalidades e meios – entre a função da regulação econômica e a da defesa da livre concorrência, embora ambas sejam formas de intervenção estatal no domínio econômico, como adiante será visto.".

Voltaremos, também, a este aspecto.

A Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, obriga o ICP – ANACOM a proceder a um processo tripartido:

1) Em primeiro lugar, é necessário proceder à definição e análise dos mercados relevantes;
2) Em segundo lugar, e para cada um daqueles mercados, é necessário analisar qual (ou quais) empresa têm PMS;
3) E, em terceiro lugar, decidir qual ou quais as obrigações a impor.

Este processo envolve diversas fases, de acordo com os artigos 55.º a 61.º da referida Lei.

Cada sentido provável de decisão que venha a ser adaptado pelo ICP – ANACOM, de acordo com os "Procedimentos de Consulta do ICP – ANACOM", é submetido a uma consulta pública, cujas respostas e relatório de apreciação são publicados no sítio da Autoridade e notificados às autoridades reguladoras nacionais dos outros Estados-membros e à Comissão Europeia, juntamente com os respectivos fundamentos, através dos mecanismos apropriados.

O ICP – ANACOM solicita igualmente o parecer da Autoridade da Concorrência antes de aprovar os projectos de medida sobre a definição de mercados e a avaliação de PMS, nos termos legais aplicáveis.

Após a conclusão do procedimento de consulta e de notificação, a ANACOM adopta as medidas adequadas no âmbito da definição dos mercados

relevantes, da avaliação de PMS e da imposição de obrigações, notificando a Comissão das medidas adoptadas.

Estão actualmente abrangidos por este mecanismo os seguintes mercados:

1) Mercados retalhistas de banda estreita;
   a. Acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes residenciais (mercado 1);
   b. Acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes não residenciais (mercado 2);
   c. Serviços telefónicos locais e/ou nacionais publicamente disponíveis fornecidos num local fixo para clientes residenciais (mercado 3);
   d. Serviços telefónicos internacionais publicamente disponíveis num local fixo para clientes residenciais (mercado 4);
   e. Serviços telefónicos locais e/ou nacionais publicamente disponíveis fornecidos num local fixo para clientes não residenciais (mercado 5);
   f. Serviços telefónicos internacionais publicamente disponíveis num local fixo para clientes não residenciais (mercado 6);
   g. Serviços telefónicos destinados a números não geográficos publicamente disponíveis num local fixo (mercado 19)

2) Mercados grossistas de banda estreita
   a. Originação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo (mercado 8)
   b. Terminação de chamadas em redes telefónicas públicas individuais num local fixo (mercado 9)
   c. Serviços de trânsito na rede telefónica pública fixa (mercado 10)

3) Mercados grossistas de banda larga
    a. Fornecimento grossista de acesso desagregado, incluindo acesso partilhado, a lacetes e sub-lacetes metálicos para oferta de serviços em banda larga e de voz (mercado 11)
    b. Fornecimento grossista de acesso em banda larga (mercado 12)

4) Mercados retalhistas de linhas alugadas
    a. Conjunto mínimo de linhas alugadas (mercado 7)

5) Mercados grossistas de linhas alugadas
    a. Mercado grossista dos segmentos terminais de linhas alugadas (mercado 13)
    b. Mercado grossista dos segmentos de trânsito de linhas alugadas (mercado 14)

6) Mercados grossistas de serviços móveis
    a. Acesso e originação de chamadas nas redes telefónicas móveis públicas (mercado 15)
    b. Terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais (mercado 16)
    c. Mercado grossista nacional dos serviços de itinerância internacional em redes públicas móveis (mercado 17)

7) Mercados Grossistas de radiodifusão
    a. Serviços de radiodifusão para a entrega de conteúdos difundidos a utilizadores finais (mercado 18)

Na impossibilidade de detalhar a análise de todos os mercados em causa pode seleccionar-se, pela sua relevância, a problemática em torno do chamado Lacete Local.

Desde o inicio do processo de introdução de concorrência no sector das telecomunicações electrónicas subsistiu sempre o problema do acesso ao mercado residencial, que tem de ser obrigatoriamente feito, na maioria dos casos, por recurso a uma infra-estrutura detida por um dos operadores[593].

O ICP – ANACOM tem vindo a intervir nesta sede, forçando a redução dos prazos e dos preços associados ao fornecimento de lacetes e procurando assegurar a existência de coerência entre as condições das várias ofertas grossistas e retalhistas do Grupo PT e uma aproximação às práticas correntes na União Europeia.

Com a prossecução desta linha de actuação pretendia garantir-se a melhoria das condições concorrenciais dos Operadores e Prestadores de Serviços (OPS) relativamente às das empresas do Grupo PT.

Mas, pelo menos até 2005, a análise realizada pelo ICP – ANACOM confirmava a existência de anomalias na desagregação de lacetes, atrasos no fornecimento de lacetes e de serviços associados à co-instalação e transporte de sinal, cuja responsabilidade era do operador histórico.

---

[593] Cf. FERNANDO, Pablo e Marcos M., "El poder regulador del mercado de las Telecomunicaciones", *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, S/E, Valencia, 2000.

Como é usual, o incumbente invocava, sistematicamente, constrangimentos técnicos que o impediriam de conceder condições de acesso nos termos fixados pelo regulador.

Recentemente, os problemas mais prementes relacionam-se com o acesso de outros operadores às instalações do Grupo PT para co-localizarem aí os seus equipamentos próprios.

Pelo seu lado, as telecomunicações móveis mantiveram-se, durante muitos anos, limitadas a três empresas concorrentes.

Só em 9 de Fevereiro de 2007 é que o ICP – ANACOM esclareceu definitivamente as regras que permitiram a entrada em actividade dos operadores móveis virtuais, que utilizarão as capacidades remanescentes das redes móveis existentes.

É todo um conjunto de novos desafios quanto à garantia de concessão de acesso em condições equitativas, não discriminatórias e a preços justos a que a entidade reguladora terá de dar resposta e que não se têm traduzido no aparecimento de novos operadores de raiz, sendo os casos de maior sucesso redes associadas aos operadores existentes.

## A Autoridade Reguladora Nacional

## Estatutos do ICP – ANACOM[594]

[594] Neste como noutros pontos não é ainda possível ter totalmente em conta as alterações estatutárias que resultarão obrigatoriamente da existência da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, Lei -

A actual Autoridade Nacional de Comunicações sucede ao Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), criado pelo Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de Julho, e que viu os seus estatutos aprovados em 1989.

A liberalização progressiva do sector das comunicações, especialmente das telecomunicações, essencialmente marcada pela influência do direito da União Europeia, conduziu à incorporação no direito interno de todo um acervo de normas que foram transformando o ICP numa verdadeira «entidade reguladora» do sector das telecomunicações[595].

De facto, cabia já ao ICP a prossecução de atribuições como as de:

a) garantir a existência e disponibilidade de um serviço universal de comunicações;
b) assegurar a concorrência efectiva no mercado das comunicações; e
c) promover o esclarecimento dos consumidores.

O Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, veio pôr fim à dispersão das atribuições por vários diplomas legais avulsos e reforçar a natureza de autoridade de regulação e supervisão das comunicações daquele ente, procedendo à refundação orgânico-institucional daquele Instituto, que passou a designar-se ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP – ANACOM).

---

quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos setores privado, público e cooperativo. No entanto, sempre que se justifique, sinalizar-se-ão os aspectos cuja alteração é expectável.

[595] Neste sentido, veja-se o disposto na Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto, que definiu as bases gerais a que deve obedecer o estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e a prestação de serviços de telecomunicações.

Tal como acontece com a maioria das Autoridades Administrativas Independentes, o ICP – ANACOM está sujeito a um regime misto que conjuga as prerrogativas de direito público, indispensáveis para o desempenho dos seus poderes de autoridade, com a flexibilidade e eficiência do direito privado, uma vez que intervém num sector em mutação constante[596].

Do mencionado Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, resulta que o ICP – ANACOM é uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio.

E é independente[597], *"no exercício das suas funções, no quadro da lei, sem prejuízo dos princípios orientadores de política de comunicações fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei e nos presentes Estatutos."*

Esta é uma característica central que permite distinguir o ICP – ANACOM de muitas outras entidades com funções de regulação.

---

[596] Cf.o disposto no artigo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro: " O ICP - ANACOM rege-se pelo disposto nos presentes Estatutos, pelas disposições legais que lhe sejam especificamente aplicáveis e, subsidiariamente, pelo regime jurídico das entidades públicas empresariais, ressalvadas as especificidades previstas nos presentes Estatutos, bem como as regras incompatíveis com a natureza não empresarial daquele.".
Tal leva a que, por exemplo, e no que concerne à gestão de saldos orçamentais positivos, não se fale em transição de saldos nos termos em que tal operação é configurada no direito público, mas antes em aplicação de resultados, uma operação tipicamente empresarial. Cfr., neste sentido, a Portaria n.º 14/2007, de 5 de Janeiro, publicada no Diário da República n.º 4 (Série I), de 5 de Janeiro.

[597] Cf.o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 11/2014, de 22 de Janeiro que procede a essa qualificação quanto ao ICP – ANACOM.

De notar, contudo, que a mera previsão de uma independência *funcional* não deve bastar para a qualificação enquanto tal da entidade.

É no domínio dos poderes próprios, do estatuto dos respectivos dirigentes e do regime de relação com o Estado (v.g., relação de tutela), bem como das matérias financeiras, que se encontrará o arrimo para a verdadeira existência de independência.

Do ponto de vista dos poderes próprios são estabelecidas neste diploma as principais atribuições próprias do ICP – ANACOM[598]:

---

[598] Cf.o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro:

i) Assegurar a regulação e a supervisão do sector das comunicações;
ii) Assegurar a gestão do espectro radioeléctrico, envolvendo a planificação, a atribuição dos recursos espectrais e a sua supervisão, bem como assegurar a coordenação entre as comunicações civis, militares e paramilitares;
iii) Assegurar o cumprimento das obrigações inerentes ao serviço universal de comunicações;
iv) Garantir o acesso dos operadores de comunicações às redes, em condições de transparência e igualdade, nos termos previstos na lei;
i) Promover a competitividade e o desenvolvimento nos mercados das comunicações, nomeadamente no contexto da convergência das comunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação;
ii) Coordenar com a entidade competente a aplicação da lei da concorrência no sector das comunicações;
iii) Proteger os interesses dos consumidores, especialmente os utentes do serviço universal, em coordenação com as entidades competentes, promovendo designadamente o esclarecimento dos consumidores, assegurando a divulgação de informação inerente ao uso público das comunicações;
iv) Velar pela aplicação e fiscalização do cumprimento das leis, regulamentos e requisitos técnicos aplicáveis no âmbito das suas atribuições, bem como o cumprimento, por parte dos operadores de comunicações, das disposições dos respectivos títulos de exercício da actividade ou contratos de concessão;
v) Participar na definição estratégica global de desenvolvimento das comunicações, nomeadamente no contexto da convergência das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação, realizando os estudos adequados para o efeito;
vi) Arbitrar e resolver os litígios que surjam no âmbito das comunicações, nos termos definidos na lei;

O ICP – ANACOM dispõe ainda de funções consultivas, tanto do Governo[599], como da Assembleia da República[600].

Possui ainda o poder de elaborar regulamentos nos casos previstos na lei e quando se mostrem indispensáveis ao exercício das suas atribuições, resultando esta segunda atribuição numa manifestação do chamado poder regulamentar independente, cuja admissibilidade pode ser discutida face ao princípio da legalidade[601] [602].

---

vii) Acompanhar a actividade das entidades reguladoras afins e as experiências estrangeiras de regulação das comunicações e estabelecer relações com outras entidades reguladoras, bem como, no plano técnico, com os organismos comunitários e internacionais;

viii) Proceder à divulgação do quadro regulatório em vigor e das suas competências e iniciativas, bem como dos direitos e obrigações dos operadores e dos consumidores de comunicações;

Apoiar tecnicamente os organismos e serviços aos quais incumbe o acompanhamento do processo de estabelecimento e gestão da rede integrada de comunicações de emergência.

[599] Cf.os artigos 6.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

[600] Cf.o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

[601] Sucintamente podemos dizer que a dificuldade está na entrega de um poder genérico de elaboração de regulamentos que podem conter direito inicial ou primário a instâncias que não têm legitimidade democrática própria (ao invés da administração autónoma, regional e local).
Ora estes regulamentos independentes, que, respeitando a legalidade formal, pois que a lei prevê a sua emissão não observam todavia qualquer exigência de legalidade substancial, porque a lei nada dispõe sobre a matéria em causa.
Tratam-se de verdadeiros "cheques em branco", cuja constitucionalidade é duvidosa mas não foi ainda, ao que sabemos, dirimida em sede própria.
O facto de a elaboração destes regulamentos ter de respeitar certas exigências procedimentais de participação não atenua a falta de legitimidade democrática. Nesses procedimentos de consulta pública a intervenção dos interessados não condiciona a tomada de decisão.
Também a sua natureza técnica não os isenta de, por conterem opções políticas, serem sufragados por órgão legitimado para o efeito.

Importa sublinhar que o mesmo possui ainda competências em matéria sancionatória, podendo processar e punir as infracções administrativas às leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe compete, bem como as resultantes do incumprimento das suas próprias determinações[603].

O ICP – ANACOM tem ainda competências em matéria de fiscalização dos registos das queixas e reclamações dos consumidores e demais utilizadores apresentadas às entidades concessionárias ou licenciadas, as quais devem preservar adequados registos das mesmas.

Incumbe-lhe ainda, por fim, agir em caso de incumprimento das obrigações inerentes à prestação do serviço universal, das obrigações legais e contratuais em geral ou dos padrões de qualidade regulamentarmente definidos.

No que respeita ao estatuto dos seus dirigentes são de destacar, como constitutivas da respectiva independência, as seguintes características:

1) Regras quanto à nomeação dos corpos dirigentes

---

[602] Como forma de minorar essas criticas o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro vem precisar que os *"regulamentos do ICP - ANACOM devem observar os princípios da legalidade, da necessidade, da clareza, da participação e da publicidade"*.
Estabelece ainda o mesmo dispositivo legal um processo exigente de preparação e discussão dos regulamentos em causa (cf.os n.os 2 e ss.). E, bem assim, uma extensa obrigação de fundamentação pública das soluções adoptadas.
Tal não permite, contudo, afastar decisivamente as críticas que podem ser feitas nesta matéria.

[603] Cf.o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

É previsto no regime estatutário que os membros do conselho de administração são nomeados por resolução do Conselho de Ministros, sob proposta do membro do Governo responsável pela área das comunicações[604].

Esta forma de nomeação não oferece as mesmas garantias que uma nomeação com intervenção de outro órgão de soberania, como é o caso da intervenção do Presidente da República ou da Assembleia da República (e não é suprida senão imperfeitamente pelo novo regime).

Contudo, trata-se de uma decisão colegial que, ao responsabilizar a totalidade do Governo pela decisão, introduz um grau de ponderação adicional. Este facto, associado à existência de requisitos objectivos verificáveis, oferece algum grau de garantia face ao modelo de nomeação pelo Ministro da tutela.

Apenas pessoas com reconhecida idoneidade, independência e competência técnica e profissional podem ser nomeadas para a Administração do ICP – ANACOM.

---

[604] Nos termos do Artigo 17.º Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos setores privado, público e cooperativo passará a aplicar-se o seguinte:

"2 - Os membros do conselho de administração são escolhidos de entre indivíduos com reconhecida idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas ao exercício das respetivas funções, competindo a sua indicação ao membro do Governo responsável (…).

3 — Os membros do conselho de administração são designados por resolução do Conselho de Ministros, após audição da comissão competente da Assembleia da República, a pedido do Governo que deve ser acompanhado de parecer da Comissão de Recrutamento e Seleção da Administração Pública relativa à adequação do perfil do indivíduo às funções a desempenhar, incluindo o cumprimento das regras de incompatibilidade e impedimento aplicáveis."

Por outro lado, não pode ser nomeado quem seja ou tenha sido membro dos corpos gerentes das empresas dos sectores das comunicações nos últimos dois anos, ou seja ou tenha sido trabalhador ou colaborador permanente das mesmas com funções de direcção ou chefia no mesmo período de tempo.

Este é um mecanismo importante para evitar potenciais problemas de *revolving door*[605], especialmente quando avaliado em conjunto com o disposto no artigo 23.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

De forma complementar, os membros do conselho de administração não podem ter interesses de natureza financeira ou participações nas empresas reguladas dos sectores das comunicações.

Por fim, os membros do conselho de administração são nomeados por um período relativamente longo, de cinco anos, que provoca um desfasamento entre o seu mandato, que não é renovável, e os ciclos político-eleitorais.

A inexistência de possibilidade de renovação do mandato é muito importante, na medida em que descompromete o corpo dirigente do ICP – ANACOM de procurar junto do poder político a recondução.

2) Regras quanto ao estatuto dos membros do conselho de administração

Os membros do conselho de administração estão sujeitos ao estatuto do gestor público.

---

[605] Sobre o mecanismo da "*revolving door*" e, no geral, sobre a problemática da captura do regulador pelo(s) regulado(s) V. GOUVEIA, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, (2001), p. 48 e ss.

Ademais, os membros do conselho de administração estão sujeitos às incompatibilidades e impedimentos dos titulares de altos cargos públicos.

Concomitantemente, estão abrangidos por um regime de exclusividade na medida em que não podem, durante o seu mandato, exercer qualquer outra função pública ou actividade profissional, excepto no que se refere ao exercício de funções docentes no ensino superior em tempo parcial[606].

O conjunto destas regras pretende garantir, no decurso do exercício de funções, não só a efectiva disponibilidade para o exercício da regulação como a sua independência face aos demais actores económicos.

Não menos importante, o artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, esclarece que *"os membros do conselho de administração são independentes no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas."*.

.

3) Regras quanto à cessação de funções

O artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, regula as regras sobre a cessação de funções dos membros do conselho de administração do ICP – ANACOM.

---

[606] Um regime semelhante está estabelecido para os funcionários do ICP – ANACOM, cf.o disposto no artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, que dispõe: *"O pessoal do ICP - ANACOM não pode prestar trabalho ou outros serviços, remunerados ou não, a empresas sujeitas à sua supervisão ou outras cuja actividade colida com as atribuições e competências do ICP - ANACOM."*.

Em primeiro lugar, é fixado um elenco objectivo de causas para a cessação de funções.

A única das causas previstas que corresponde a um conceito indeterminado é a demissão, que apenas pode ser decidida por resolução do Conselho de Ministros em caso de falta grave, comprovadamente cometida pelo titular no desempenho das suas funções ou no cumprimento de qualquer obrigação inerente ao cargo.

Novamente, o elemento colegial mitiga mas não substitui a intervenção de uma entidade politicamente independente do Governo.
Existe ainda um regime que determina que, após o termo das suas funções, os membros do conselho de administração ficam impedidos, pelo período de dois anos, de desempenhar qualquer função ou prestar qualquer serviço às empresas dos sectores regulados.

Esta é uma regra essencial e simples, que, como se compreende, se destina a evitar capturas pelo sector regulado e mecanismos de *revolving door*, tal como assinalado *supra*.

Como natural contraponto, durante o período de impedimento os membros do conselho de administração recebem dois terços da remuneração correspondente ao cargo, conquanto não tenham funções remuneradas[607].

---

[607] Excepto, sem que se entenda precisamente as razões que o determinam, quando se trate do "exercício de funções docentes no ensino superior em tempo parcial.". Nessa situação seria, pelo menos, de prever uma redução proporcional.

O conselho de administração na sua globalidade tem um regime de demissão ainda mais exigente, pois, para além de só poder ser dissolvido por resolução do Conselho de Ministros, é exigido um parecer prévio do conselho consultivo do ICP – ANACOM.

Ademais, os motivos de demissão do órgão colegial são objectivos e encontram-se legalmente consagrados.

Do ponto de vista da gestão financeira e da independência orçamental o ICP – ANACOM goza de um estatuto misto.

Por um lado, dispõe de autonomia quanto ao seu financiamento, tendo como receitas principais as taxas e outras receitas cobradas pela prestação de serviços às empresas[608], o que lhe garante uma autonomia de financiamento.

Por outro, está sujeito a tutela, carecendo de aprovação ministerial em matérias como o plano de actividades e o orçamento[609].

Ou seja, a existência de receitas suficientes não garante ao regulador que a afectação das mesmas será feita na prossecução das suas prioridades internamente definidas.

Por fim, ao ICP – ANACOM é permitido ver o seu relatório anual de actividades de regulação ser apreciado pela comissão competente da Assembleia

---

[608] Cf.o artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

[609] Cf.o artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

da República, perante quem pode ser chamado a prestar para prestar informações ou esclarecimentos sobre as suas actividades[610].

Este dispositivo permite criar uma visibilidade alargada da actividade do regulador que serve, a um tempo, como elemento de controlo da sua actividade e, de certa forma, como elemento mitigador da sua falta de legitimidade democrática própria e, a outro, como garantia adicional de não ingerência do Governo nas suas actividades.

O ICP – ANACOM dispõe ainda de um conselho consultivo, que presta consulta, apoio e participa na definição das linhas gerais de actuação do ICP – ANACOM[611].

Nele têm assento o poder político, seja a nível nacional, local ou regional, um representante da Autoridade da Concorrência e representantes das empresas do sector, bem como dos consumidores (domésticos e empresariais) [612].

O conselho consultivo emite parece em diversas vertentes[613], sendo de salientar que tal acontece não só em matérias internas à vida do regulador (v.g. as linhas gerais do plano de actividades e do orçamento) mas também em matérias relacionadas com as suas decisões com impacto no mercado (v.g. os preços e tarifas do serviço universal).

---

[610] Cf.o artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

[611] Cf.o artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

[612] Cf.o artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

[613] Cf.o artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

**Relações com a Autoridade da Concorrência (AdC)**

A legislação sobre defesa da concorrência está preparada para situações em que a existência de um monopólio *pode* implicar desvios ao paradigma da maximização do bem-estar social.

De facto, as regras de concorrência não são aptas a responder, por exemplo, aos problemas próprios dos mercados tipicamente objecto de regulação, nomeadamente aqueles em que existem monopólios naturais[614], no essencial:

1) porque estão direccionadas para uma verificação *ex post* e não *ex ante*;

2) porque nos sectores em que existem monopólios naturais estruturais (essencialmente, "public utilities") se colocam questões complexas do ponto de vista técnico que um regulador horizontal dificilmente dominará com a perfeição necessária[615], ainda que crie secções especializadas[616];

---

[614] CF. LAROUCHE, Pierre, "Closer look at some assumptions underlying EC regulation of electronic communications", *Journal of Network Industries*, n.º 3, Kluwer Law International, Holanda, 2002, p. 148, afirma: "competition law would have to be stretched beyond reasonable bounds to cope with certain difficulties typical of a network-based". O mesmo autor reafirma igual proposição quanto ao mercado das telecomunicações (Cf.LAROUCHE, Pierre, *Competition law and regulation in European telecommunications*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 322: "…competition law suffers from limits that impair its ability to play a role as the sole driving force behind EC telecommunications policy."). Contra V. POSNER, Richard, [1999:51].

[615] Existe, alias, evidência empírica deste facto. Não sendo recente (cf. HALLIGAN, John, "New Public Sector Models: Reform in Australia and New Zealand", *Public Sector Reform - Rationale, Trends and Problems*, (ed. Jan-Erik Lane), SAGE Publications, Londres, 1997, p. 17: "The Australian and New Zealand experiences have been characterized by a wave of reform which surfaced in the early to mid 1980.") e tendo em conta os objectivos iniciais é importante dar a devida atenção ao balanço de PATTERSON, Ross e CORNWELL, Christopher, "Light-Handed Regulation of Electricity Networks in New Zealand: the failure of the New Zealand Model",*Journal of Network Industries*, n.º 1, Kluwer Law International, Holanda, (2000), p. 89: "New Zealand alone adopted a different approach, relying solely on general competition laws to

3) Porque as autoridades de promoção e defesa da concorrência não estão, em regra, vocacionadas para este tipo de intervenção[617].

Na realidade nacional[618] a matéria é regulada, em primeira linha, pelo artigo 15.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que dispõe, no seu artigo 5.º, n.º 4, que "[a] *Autoridade da Concorrência e as autoridades reguladoras sectoriais colaboram na aplicação da legislação de* [sic] *concorrência"*.

---

deal with both the terms of interconnection and conduct generally in network industries; a model known world-wide as the New Zealand model of "light-handed regulation". While the policy has always been the subject of debate, its most controversial feature has been in the treatment of utility regulation. The Chairman of the New Zealand Commerce Commission observed in October 1997 that 'when the New Zealand regulatory system was designed in the 1980s, it is probably fair to say that there was some under-assessment of the complexities of regulating utilities, especially vertically integrated natural monopolies'.".

[616] V. VELJANOVSKY, Cento, *Reforming Regulation, "One Agency; One Law" – A Radical Response to the Governments Utility Regulation Review*, policopiado, European Policy Forum, Londres, 1998, p. 12: "this new body would be constituted as a five-person commission with investigatory and prosecutorial functions. Within the Authority, there would be specialized divisions to deal with the utilities in much the same way that the MMC currently has panels dedicated to the newspapers and water industries.".

[617] BRUNEKREFT, Gert, "Regulation and Third-Party Discrimination in the German Electricity Supply Industry", *European Journal of Law and Economics*, n.º 13, Kluwer Academic Publishers, Haia, (2002), p. 203: "In practice this implies that there is no sector-specic *ex-ante* regulation; control of the sector is left to the antitrust agency. The antitrust agency appears well equipped to handle discrimination, but is poorly equipped to regulate the level of the network-access charges.".

[618] Cf., por todos, MARQUES, Maria Manuel Leitão *et al*, *Concorrência e Regulação (A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005. Cf., ainda, AA. VV., *Mondialisation et droit de la concurrence: les réactions normatives des états face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Actas do Colloque International sur Mondialisation et Droit de la Concurrence, Dijon, Litec, Paris, 2008.

No essencial[619], é previsto um dever de informação da Autoridade da Concorrência à entidade reguladora sectorial (dever que, reciprocamente, impende também sobre as autoridades reguladoras sectoriais), a quem incumbe pronunciar-se, no prazo fixado pela Autoridade.

É ainda previsto um regime em que a Autoridade da Concorrência pode "*sobrestar*" a sua decisão, permitindo que a decisão final seja da autoridade reguladora sectorial, cabendo, nesses casos, à Autoridade pronunciar-se.

Um regime semelhante existe para a apreciação das operações de concentração[620].

Do exposto não resulta[621], sempre, com a desejável clareza, quais as situações em que as autoridades reguladoras sectoriais decidem a título principal, com a participação da Autoridade da Concorrência e quais as situações em que se deve entender inversamente.

No recente caso do pedido de apreciação de uma operação de concentração envolvendo empresas de comunicações electrónicas (Sonaecom/PT, sendo que, no caso, estavam em causa tanto operadores fixos como móveis) a Autoridade da Concorrência assumiu claramente a competência principal.

No caso concreto tal não oferece dificuldades de maior, o mesmo já não sendo verdade quando se tratem de práticas proibidas (especialmente tendo em

[619] Cf.o artigo35.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

[620] Cf.Artigo 55.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, que dispõe:

[621] A mesma indefinição pode ser assacada ao artigo 6.º do Decreto-lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, que aprovou os Estatutos da Autoridade da Concorrência.

conta a fluidez dos conceitos de posição dominante e poder de mercado significativo, já assinalada).

Nos regimes dos vários reguladores não é possível colher critérios mais precisos, remetendo os mesmos normalmente para deveres de cooperação mais ou menos genéricos.

Tal não impede que, de forma avulsa, surjam cometidas a entidades reguladoras sectoriais competências específicas que se sobrepõem claramente ao regime da concorrência[622].

O que fica dito vale, em geral, para a relação entre a Autoridade da Concorrência e a generalidade das entidades reguladoras sectoriais.

No caso concreto da operação acima referida, contudo, foi visível que, do ponto de vista material, a imposição de condições e obrigações pela Autoridade da Concorrência implicou aspectos que, nos termos analisados, eram (e continuariam a ser) da esfera do regulador.

Pese embora os pareceres do ICP – ANACOM fossem obrigatórios, não eram vinculativos, pelo que, em tese, seria possível a imposição de condições e obrigações que teriam depois de ser integradas pelo regulador sectorial na sua política regulatória.

Em causa estavam aspectos não só estruturais (separação de redes), e “orgânicos” (era prevista uma entidade para fiscalizar o cumprimento dos

---

[622] V., a título meramente exemplificativo, o artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro que prevê que o regulador do sector ferroviário possa determinar a imposição de acesso em condições equitativas e não discriminatórias a instalações essenciais.

compromissos estruturais, presumivelmente não o ICP-ANACOM) mas também comportamentais (abertura a operadores móveis virtuais, por exemplo).

Caso a operação tivesse prosseguido nos termos expostos seriam legítimas as interrogações sobre o grau de capacidade do regulador sectorial para desempenhar cabalmente as suas funções.

Nesta matéria, como se pode intuir, só a prática poderá vir a lançar, com maior rigor, luz sobre os limites de intervenção das várias entidades.

E, no direito nacional, são ainda poucas as experiências concretas, pelo que é prematuro reclamar que, por via legislativa, se torne mais clara a esfera de intervenção das várias entidades. O que não significa, naturalmente, que essa necessidade não se venha a afirmar no futuro.

## 7.2 O sector dos serviços energéticos

### Resenha histórica (remissão)

A produção, transporte e distribuição de energia eléctrica tem, no nosso País, e até aos anos 20 do século passado[623], como característica central o predomínio da iniciativa privada.

De facto, vigorava nessa época uma constituição económica que, no essencial, dava continuidade a uma certa ideologia liberal, que pressupunha que o Estado se coibisse de intervir na actividade económica, domínio reservado em princípio à iniciativa privada.

A intervenção do Estado dava-se, então, ao abrigo da natureza dos bens utilizados[624], por meio da concessão de direitos de utilização e exploração desses mesmos bens.

O crescimento do sector levou depois a que, afirmando-se a necessidade de uma rede eléctrica nacional – por oposição a pequenas redes "locais", fragmentadas – o Estado tenha sentido a necessidade de ter um papel mais activo.

[623] Adopta-se este período de análise porquanto as primeiras experiências neste sector só se traduzem em alguma generalização da electrificação urbana em finais do Século XIX, inícios do século XX, sendo marcos importantes a introdução dos carros eléctricos no Porto (em 1895) e em Lisboa (em 1901) e a construção da primeira grande central Eléctrica (Central Tejo), em 1914.

[624] O que se mantém ainda hoje, cf.o artigo 84.º da Constituição da República Portuguesa.

No período do Estado Novo, e ainda antes da vigência da Constituição de 1933, foram dados sinais claros de que o Estado se propunha chamar a si um papel bem mais decisivo no sector.

De facto, o Decreto-Lei n.º 12.559, de 20-10-1926[625], a propósito da necessidade de proceder a um aproveitamento mais eficiente da capacidade de produção hidráulica[626], veio fundamentar a necessidade de intervenção do Estado.

Tal foi sustentado tendo em conta argumentos que são inteiramente actuais.

Em primeiro lugar, era aduzido que eram *"muito elevadas as despesas de primeiro estabelecimento para os grandes aproveitamentos hidráulicos que há a realizar*", ou seja, tendo em conta os elevados custos não recuperáveis, o Estado devia facilitar e garantir os mesmos[627].

Em segundo lugar, esclarecia-se que era necessário *"regular às condições em que os aproveitamentos de energia se devem fazer, bem como as condições do seu transporte e distribuição, para evitar o estabelecimento duma grande diversidade de tipos, de tensões e de freqüências que seriam altamente prejudiciais a um metódico e sucessivo aproveitamento de todas as fontes de*

---

[625] Que viria a ficar conhecido como "Lei dos Aproveitamentos Hidráulicos".

[626] É curioso verificar que, já na altura, o défice energético e o respectivo impacto nas contas públicas era uma preocupação bem presente. Diz-se no preâmbulo do diploma, sustentando a opção pela energia hidráulica em detrimento do carvão, que era*"necessário promover o seu aproveitamento para reduzir ao mínimo a drenagem de ouro para a aquisição de combustíveis estrangeiros, que se pode computar em mais de 1 milhão de libras"*.

[627] Cf.a Base V, na qual se dispõe: "O Govêrno promoverá ou auxiliará a construção e a exploração das linhas de transporte de energia eléctrica e bem assim a construção de centrais produtoras de energia e a instalação de indústrias eléctricas que directamente interessem à economia nacional.".

*energia, e tornaria mais difícil o seu fornecimento por baixo preço, como tanto se faz mester*", numa clara referência a preocupações de garantia de aproveitamento das economias de escala, nomeadamente através da uniformização de padrões de prestação de serviço.

Em terceiro lugar, assumia-se que a mencionada eficiência dependia ainda da existência de uma rede nacional de transporte de energia eléctrica. Assim, a Base I do diploma previa que o *"conjunto das linhas de transporte de energia no Pais que seja objecto de comércio em espécie constituirá uma rêde com o nome de Rêde Eléctrica Nacional e abrangerá não só as linhas destinadas a efectuar o transporte de energia eléctrica das regiões produtoras para as consumidoras, qualquer que seja o modo de produção o qualquer que seja o destino, consumo ou uso da energia e as linhas de equilíbrio ou de compensação, mas ainda as linhas colectoras da energia produzida pelas centrais e as linhas ou rêdes de distribuição regional.*".

De notar que se previa, de forma também inteiramente actual, a possibilidade de concessão da construção e exploração da mencionada rede, em relação à qual se admitia a natureza de monopólio, existindo contudo o cuidado de salvaguardar, na mesma Base II, que *"A concessão de uma linha, ou linhas da rêde nunca importará porém o monopólio de servir a região atravessada por elas*".

A "Lei dos Aproveitamentos Hidráulicos" constitui-se, assim, numa matriz genética de um modelo que veio, crescentemente, a envolver o Estado no processo de electrificação do território nacional.

Dela decorrem não só, e como já se mencionou, as ideias de criação de uma Rede Eléctrica Nacional, mas também a criação, na Administração Geral dos Serviços Hidráulicos (Ministério do Comércio e Comunicações), da Repartição dos Serviços Eléctricos, órgão da Administração Pública Central com competências a nível da planificação dos investimentos.

Esta tendência viria a ser confirmada e reforçada pela Lei n.º 2002, de 26.12.1944, que reforçou o papel do Estado como detentor das infra-estruturas básicas da electrificação nacional.

É ainda na sequência desta Lei que o Estado se associa formalmente aos privados, por meio da criação de empresas de capital misto, que virão a ser responsáveis pela construção dos grandes aproveitamentos hidroeléctricos e termoeléctricos.

Por fim, foi criada a Companhia Portuguesa de Electricidade, que unificou toda a Rede Eléctrica Primária, através da fusão das suas empresas.

Em 1975, o Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, viria a proceder à nacionalização desta e de todas as outras empresas do sector[628], com fundamentos marcadamente ideológicos mas também com base na ideia de que importava, por

---

[628] Foram nacionalizadas as seguinte empresas: AES - Aliança Eléctrica do Sul, S. A. R. L.; CEAL - Companhia Eléctrica do Alentejo e Algarve, S. A. R. L.; CEB - Companhia Eléctrica das Beiras, S. A. R. L.; CHENOP - Companhia Hidroeléctrica do Norte de Portugal, S. A. R. L.; CRGE - Companhias Reunidas Gás e Electricidade, S. A. R. L.; CPE - Companhia Portuguesa de Electricidade, S. A. R. L.; ED - Eléctrica Duriense, Lda.; EHEC - Empresa Hidroeléctrica do Coura, S. A. R. L.; EHESE - Empresa Hidroeléctrica da Serra da Estrela, S. A. R. L.; EIE - Empresa Insular de Electricidade (Ponta Delgada), S. A. R. L.; HEAA - Hidroeléctrica do Alto Alentejo, S. A. R. L.; HEP - Hidroeléctrica Portuguesa, S. A. R. L.; SEOL - Sociedade Eléctrica do Oeste, Lda.; UEP - União Eléctrica Portuguesa, S. A. R. L..

essa via, *"garantir a integração vertical aconselhada por razões técnicas e económicas"*.

Menos de um ano volvido, o Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho, viria a criar uma única entidade económico-jurídica como resultado da reestruturação iniciada em 1975.

Nascia a Electricidade de Portugal – Empresa Pública, abreviadamente EDP.

A EDP nasce como uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial e que tinha por objecto principal o estabelecimento e a exploração do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica no território do continente[629].

É-lhe desde logo cometido o serviço público, em regime de exclusivo[630] e por tempo indeterminado.

---

[629] Ressalvando-se no diploma que "A actividade da EDP poderá ser estendida aos arquipélagos dos Açores e da Madeira.". Esta exclusão inicial das então chamadas "ilhas adjacentes" foi fundamentada em razões políticas associadas ao processo de descolonização então em curso, em que as autonomias dos Açores e, em especial, da Madeira, eram matérias muito sensíveis, tendo o legislador reconhecido que se tratava de uma inversão de estratégia face ao plano traçado em 1975, nos seguinte termos: *"Registe-se por último, que, ao contrário do que se previa no Decreto-Lei n.º 205-G/75, a nova empresa pública agora criada não integra a empresa Insular de Electricidade (Ponta Delgada), nem a Empresa de Electricidade da Madeira. Na verdade, encontrando-se prevista a adopção de estatutos de autonomia para as ilhas adjacentes, entendeu-se preferível não consagrar desde já uma solução que pudesse vir a mostrar-se contraditória com os objectivos decorrentes daqueles estatutos."*.
Ainda hoje as Regiões Autónomas mantêm as suas próprias empresas de Electricidade.

[630] Salvaguardavam-se apenas os casos de *"produção e distribuição de energia eléctrica para uso próprio por entidades que, à data da entrada em vigor deste diploma, disponham da necessária*

Esta orientação vem a ser reforçada pela Lei n.º 46/77 de 8 de Julho, que "Veda a empresas privadas e outras entidades da mesma natureza a actividade económica em determinados sectores".

De facto, o artigo 4.º da Lei de Delimitação de Sectores determinava que:

*"É vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes actividades económicas:*
*a) Produção, transporte e distribuição da energia eléctrica para consumo público;*
*b) Produção e distribuição de gás para consumo público, através de redes fixas, desde que ligadas à respectiva produção;"*

A partir de 1995 dá-se início à liberalização do sector, marcado pela reprivatização da EDP e pela afirmação do principio de liberdade de acesso às actividades de produção e distribuição de energia eléctrica, através da definição de um Sistema Eléctrico Nacional baseado na coexistência de um Sistema Eléctrico de Serviço Público (SEP) e de um Sistema Eléctrico não Vinculado (SENV).

Simultaneamente, consagra-se a regulação do sector eléctrico através da criação de uma entidade administrativa independente, a então Entidade Reguladora do Sector Eléctrico.

Só em 2003[631], contudo, se inicia o processo de liberalização total do sector eléctrico, liberalização que tem os seus princípios expressos na Directiva

---

*licença ou às quais, ouvida a EDP, a Direcção-Geral dos Serviços Eléctricos a venha a conceder.".*

[631] Com a publicação dos Decretos-Lei n.ºs 184/2003 e 185/2003, de 20 de Agosto.

54/CE/2003, de 26 de Junho, e na qual se inspira a criação do Mercado Ibérico de Electricidade (MIBEL), expresso nos acordos celebrados entre Portugal e Espanha.

O enquadramento do funcionamento do sector eléctrico no âmbito dos princípios de abertura e concorrência estabelecidos na Directiva n.º 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, passou a estar consagrado no Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, e consequente regulamentação.

Este diploma estabelece os princípios gerais relativos à organização e funcionamento do sistema eléctrico nacional, bem como ao exercício das actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade e à organização dos mercados de electricidade, transpondo para a ordem jurídica interna os princípios da Directiva n.º 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade, e revoga a Directiva n.º 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro.

Culminando este processo de abertura do sector a Lei n.º 35/2013, de 11 de Junho, que procede à segunda alteração à Lei n.º 88 -A/97, de 25 de julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas veio revogar o mencionado número 4 do artigo 1.º, removendo, na prática, as restrições existentes quanto à participação do sector privado nestas actividades.

**Caracterização do sector;**

Quer o sector eléctrico quer o do gás natural revelam características próprias das chamadas indústrias de rede, e têm merecido tratamento semelhante por parte do legislador.

No âmbito eléctrico, a solução começou por passar pela existência de uma separação vertical (*unbumdling*) das várias actividades em presença, separando-se a rede (com características acentuadas de monopólio natural) das actividades a montante (v.g. a produção de electricidade) e a jusante (v.g. a distribuição de electricidade.

De notar que esta é uma opção à qual normalmente se associam vantagens mas que pode ter custos importantes, nomeadamente a nível da necessidade de reforçar a coordenação dos (agora) vários segmentos do mercado, ocupados por diferentes agentes e também pela perda de economias de escala.

Em seguida esses monopólios naturais são sujeitos a regulação sectorial específica a qual tem por objectivo, normalmente, proteger a concorrência no mercado a jusante através da imposição de obrigações várias sobre o monopolista natural[632].

---

[632] Nomeadamente obrigações de concessão de acesso a terceiros. Tais obrigações envolvem, em principio, a obrigação de separação vertical, salvo se existirem razões fortes para defender a manutenção da estrutura integrada do monopolista. Cf. BIGGAR, Darryl [2001:185] "there are arguments in favour of adopting a stance in favour of separation. That is, to adopt a policy that separation will be adopted unless clear evidence to the contrary can be demonstrated.".

Por vezes, as entidades reguladoras têm também responsabilidades de introdução da concorrência nesses mesmos mercados a jusante, onde por vezes existem também monopolistas (já não monopolistas naturais)[633].

Isto levou à criação, por cisão da EDP, da REN – Rede Eléctrica Nacional[634].

Recentemente, a Resolução de Conselho de Ministros n.º 85/2006, autorizou a REN – Rede Eléctrica Nacional a proceder à sua modificação como sociedade concessionária da rede nacional de transporte de energia eléctrica (RNT) e a constituir novas sociedades, cujos objectos visem assegurar o exercício das concessões do serviço público, respectivamente, de transporte de gás natural em alta pressão, de armazenamento subterrâneo de gás natural e de recepção, armazenamento e regaseificação de GNL.

---

[633] É o caso do sector ferroviário em Portugal em que, do lado da prestação de serviços de transporte existe um monopolista (a CP, E.P.) que está numa relação de monopólio - monopsónio mútua com o monopolista natural. A complexidade inerente à regulação deste tipo de mercado é exponencial.

[634] As sociedades subsidiárias da REN são as seguintes, reflectindo uma filosofia de especialização das várias actividades:

i) A Gasodutos, S.A.;
ii) A REN - Armazenagem, S.A.;
iii) A REN Atlântico, Terminal de GNL, S.A;

iv) A REN, Gás, S.A., que será a sociedade de gestão e coordenação das actividades do sector do gás natural, à qual ficará atribuída a titularidade do capital das concessionárias anteriormente referidas.
v) A REN - Rede Eléctrica Nacional, S.A., por cisão ou destaque dos activos respeitantes à concessão da RNT, que manterá a denominação actual.

A “antiga” REN passa a ter por objecto único a gestão de participações sociais, devendo modificar em conformidade o seu contrato de sociedade e adoptar a denominação REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS, S. A.

Já antes, em Fevereiro de 2004, foi alargado o conceito de elegibilidade a todos os consumidores de energia eléctrica, com excepção dos consumidores de energia eléctrica em baixa tensão normal (BTN), através do Decreto-Lei n.º 36/2004, de 26 de Fevereiro.

Em Agosto desse mesmo ano, o Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto, veio estabelecer as disposições aplicáveis à extensão da elegibilidade aos consumidores de energia eléctrica em BTN. Na sequência da publicação destes diplomas o sector eléctrico encontra-se totalmente liberalizado.

**Principal legislação aplicável**

O Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, veio refundar as bases e os princípios da organização e do funcionamento do Sistema Eléctrico Nacional[635] (SEN), revogando o anterior regime de referência, vertido no Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho[636].

Do mesmo resultam novas orientações em matéria de:

1. Organização e funcionamento do SEN.
2. Organização dos mercados de electricidade.

---

[635] Na sequência das orientações políticas já vertidas na Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de Outubro.

[636] Alterado sucessivamente pelos Decretos-Lei n.os 184/2003, 185/2003, ambos de 20 de Agosto, 36/2003, de 26 de Fevereiro, 192/2004, de 17 de Agosto e 240/2004, de 27 de Dezembro.

3. Exercício das actividades de:

    a. Produção.
    b. Transporte.
    c. Distribuição.
    d. Comercialização.

Este Decreto-Lei inicia a transposição para a ordem jurídica interna dos princípios da Directiva n.º 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade, revogando a Directiva n.º 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro.

O objectivo central da norma transposta e da norma transpositiva é o de reforçar os mecanismos que permitam um mercado livre e concorrencial.

Agora, as actividades de produção e comercialização são exercidas em regime de livre concorrência, mediante a atribuição de licença.

O transporte e a distribuição são exercidos mediante a atribuição de concessões de serviço público.

A actividade de transporte está jurídica e patrimonialmente separada das demais actividades desenvolvidas no âmbito do SEN.

A distribuição está juridicamente separada da actividade do transporte e das demais actividades não relacionadas com a distribuição.

No entanto, esta separação não é obrigatória quando os distribuidores em baixa tensão (BT) abasteçam menos de 100 mil clientes.

Os comercializadores podem livremente comprar e vender electricidade. Nesse sentido, têm direito de acesso às redes de transporte e distribuição, mediante o pagamento de tarifas reguladas.

Os consumidores podem livremente escolher o seu fornecedor, não sendo a mudança onerada, do ponto de vista contratual.

De forma a simplificar e efectivar a mudança de comercializador, é criada a figura de operador logístico de mudança de comercializador.

Está também consagrada, para protecção dos consumidores, a figura do comercializador de último recurso, cuja finalidade é servir de garante do fornecimento de electricidade aos consumidores, nomeadamente os mais frágeis, em condições de qualidade e continuidade do serviço.

Este comercializador de último recurso irá actuar enquanto o mercado liberalizado não estiver a funcionar com plena eficácia e eficiência. Assim esta função foi atribuída, provisoriamente, aos distribuidores de electricidade, pelo prazo de duração da sua concessão.

Neste contexto, as actividades de transporte, distribuição, comercialização de último recurso e operação logística de mudança de comercializador estão sujeitas a regulação exercida pela ERSE, sem prejuízo das competências de outras entidades administrativas.

## A Autoridade Reguladora Nacional

## Estatutos (remissão)

A configuração orgânica da actual Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos resulta da transformação da sua antecessora directa, a Entidade Reguladora do Sector Eléctrico, originalmente criada pelo Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho, e que entrou em funcionamento no início de 1997.

Essa transformação, operada pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril[637], consistiu no alargamento[638] das funções daquela entidade, originariamente encarregue apenas da regulação do sector eléctrico, e que passou a ser responsável também pela regulação do gás natural[639].

O mesmo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, procedeu à aprovação dos Estatutos da *novel* Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE).

---

[637] Os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, e posteriormente alterados pelo Decreto-Lei n.º 200/2002, de 25 de Setembro, Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de Setembro e pelo Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho.

[638] Do ponto de vista do âmbito de actuação geográfico, e nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 69/2002, de 25 de Março, as competências da ERSE foram alargadas às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, no que se refere à regulação do sector eléctrico. Cf. o artigo 1.º n.º 5 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[639] A transposição da Directiva n.º 30/CE/1998, de 22 de Junho, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabeleceu as regras comuns para o mercado do gás natural inserido no objectivo do mercado interno de energia, realizada pelo Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27 de Janeiro, requeria a existência de uma entidade reguladora para este sector. Atendendo à afinidade de matérias e problemas regulatórios, bem como as intersecções já então evidentes entre os dois mercados essas funções regulatórias foram cometidas à ERSE.

A ERSE é uma entidade reguladora com grande proximidade estatutária em relação ao "modelo" ICP – ANACOM já acima descrito[640].

Assim, a ERSE é também uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio[641].

A sua independência encontra-se consagrada[642] em termos em tudo idênticos aos já analisados *supra*, dispondo a lei que: *"A ERSE é independente no exercício das suas funções, no quadro da lei, sem prejuízo dos princípios orientadores de política energética fixados pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial, nos termos previstos na lei e no presente diploma."*

Como já se referiu, a mera previsão legal de uma independência *funcional* não basta para a avaliação da verdadeira independência de uma dada entidade, sendo necessário indagar outros aspectos relevantes.

Do ponto de vista dos poderes próprios as atribuições da ERSE reflectem a sua natureza complexa, tendo esta entidade atribuições gerais[643], atribuições especificamente relacionadas com o sector eléctrico[644], bem como atribuições especificamente relacionadas com o sector do gás natural[645]:

---

[640] Mormente quanto ao regime misto a que está sujeita. Cf.o artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[641] Cf.o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[642] Cf.o artigo 2.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[643] Cf.o artigo 3.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[644] Cf.o artigo 3.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[645] Cf.o artigo 3.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

Ao contrário do que acontece com o ICP – ANACOM, a ERSE partilha parte da regulação (em sentido amplo) dos seus sectores com uma entidade da Administração Directa Central, a Direcção-Geral de Geologia e Energia.

A mencionada entidade foi criada pelo Decreto-Lei n.º 15/2004, de 14 de Janeiro, em concretização do disposto no Decreto-Lei n.º 186/2003, de 20 de Agosto, que aprovou a orgânica do Ministério da Economia e sucede, ao que nos interessa, à Direcção-Geral da Energia[646].

Cabem à Direcção-Geral de Geologia e Energia (DGGE) importantes competências em relação à ao apoio à execução e acompanhamento das políticas sectoriais de energia, com funções de licenciamento, regulamentação técnica e de segurança, e fiscalização no âmbito das suas áreas de intervenção, constituindo a segurança de abastecimento uma reforçada área de acção, nomeadamente quanto à expansão racional das infra-estruturas energéticas e eficiente funcionamento dos mercados.

---

[646] O Decreto-Lei n.º 208/2006, de 27 de Outubro, que aprova a Lei Orgânica do Ministério da Economia e da Inovação, decorre da reorganização estrutural da Administração, que o Governo aprovou, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 124/2005, de 4 de Agosto, (Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado, abreviadamente designado por PRACE).
No seu artigo 13.º prevê-se que a mesma passe a designar-se Direcção-Geral de Energia e Geologia. As atribuições que lhe são genericamente fixadas (*"contribuir para a concepção, promoção e avaliação das políticas relativas à energia e aos recursos geológicos, numa óptica do desenvolvimento sustentável e de garantia da segurança do abastecimento"*) não permitiam ainda esclarecer se se manterá ou não intacto o actual elenco de competências, pese embora tal fosse já previsível uma vez que o Decreto-Lei n.º 101/2007, de 2 de Abril, que altera o Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas mantém a competência para licenciamento da DGGE, não é de esperar alterações de monta nesta matéria, tal como resulta da sua última lei orgânica, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 151/2012, de 12 de Julho.

Assim, a regulação da entrada e saída de empresas no mercado encontra-se, em larga medida, subtraída ao regulador que conta, assim, com um quadro de actuação mais restrito em termos quantitativos e mais exigentes em termos de relacionamento com a DGGE.

Este modelo híbrido tem trazido dificuldades práticas e é praticamente único no cenário nacional (e comunitário) de regulação, servindo para reforçar a ideia de que a criação deste tipo de entidades, a nível nacional, se pauta pelo casuísmo e pela falta de preocupação com a existência de um modelo minimamente uniforme de modelos orgânicos de regulação, a cuja análise estamos a proceder.

As competências da ERSE agrupam-se[647], portanto, e de forma lógica, entre as que respeitam:

a) Ao sector Eléctrico[648];
b) Ao sector do Gás Natural[649].

No que concerne às competências relativamente ao sector eléctrico as mesmas são compreensivas[650].

---

[647] A mesma filosofia de especialização se aplica ao Conselho Consultivo e ao Conselho Tarifário.

[648] Cf.o artigo 8.º e ss do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[649] Cf.o artigo 12.º e ss. do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[650] *In extenso*:

a) Preparar e emitir o regulamento tarifário;
b) Estabelecer os valores das tarifas e dos preços a aplicar;
c) Apresentar uma proposta para as disposições de natureza comercial do regulamento da qualidade de serviço e verificar a integral aplicação do mesmo;

No que concerne às competências relativamente ao sector do gás natural são de destacar as relativas à incumbência de:

a) Velar pelo cumprimento por parte das empresas do sector do gás natural das obrigações estabelecidas na lei e nos regulamentos, bem como nos contratos de concessão e nas licenças, nomeadamente as obrigações de serviço público;
b) Exercer as competências para a aplicação e fiscalização das disposições de natureza tarifária e comercial, da qualidade de serviço e da regulamentação das condições de acesso às redes, às interligações e ao armazenamento de gás natural, incluindo o gás natural liquefeito;
c) Evitar qualquer abuso de posição dominante e qualquer comportamento predatório;
d) No que concerne a preços e tarifas aplicáveis no sector do Gás Natural a ERSE dispõe também de competências amplas, cabendo-lhe homologar ou

---

d) Determinar a forma pela qual a entidade concessionária da RNT e as entidades titulares de licença vinculada de distribuição de energia eléctrica compensam os consumidores quando os padrões de qualidade de serviço não forem cumpridos;
e) Intervir nos processos de selecção de novos distribuidores e produtores;
f) Emitir parecer sobre a construção de ligações transfronteiriças;
g) Emitir parecer sobre os padrões de segurança de transporte estabelecidos pela entidade concessionária da RNT;
h) Definir as regras de acesso ao SENV, de acordo com os princípios estabelecidos no Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho;
i) Preparar e emitir o regulamento de relações comerciais, bem como as suas actualizações;
j) Preparar e emitir o regulamento do despacho, bem como as suas actualizações, sob proposta da entidade concessionária da RNT, por sua iniciativa ou desta entidade;
k) Preparar e emitir o regulamento do acesso às redes e às interligações, bem como as suas actualizações;
l) Participar aos organismos competentes as infracções às normas de defesa da concorrência de que tome conhecimento no desempenho das suas funções;

fixar os preços, consoante os casos[651], bem como garantir o são relacionamento entre os operadores e os níveis de qualidade de serviço perante os clientes[652];

e) Cabe-lhe ainda fixar as condições de acesso às redes, às interligações e às instalações de armazenamento[653].

Em termos consultivos incumbe à ERSE emitir pareceres sobre a outorga de concessões e a concessão de licenças de serviço público[654], bem como sobre os planos de investimento das entidades concessionárias, especialmente do ponto de vista do cumprimento do contrato de concessão e da ampliação das prestações do serviço público.

Para o exercício das suas funções a ERSE dispõe de poder regulamentar, em tudo semelhante ao acima analisado a propósito do ICP – ANACOM[655].

Do ponto de vista da respectiva organização interna a ERSE dispõe dos seguintes órgãos[656]:

a) O conselho de administração;
b) O fiscal único;

---

[651] Cf.o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[652] Cf.os artigos 15.º, 16.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[653] Cf.os artigos 17.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[654] Cf.o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[655] Cf.o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

[656] Cf.os artigos 26.º e ss. do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

c) O conselho consultivo;
d) O conselho tarifário.

No que respeita à sua independência a ERSE tem, a nível dos seus corpos dirigentes, regras de nomeação, incompatibilidades, estatuto e exoneração em tudo semelhantes às já analisadas a propósito dos estatutos do ICP – ANACOM[657].

De salientar, apenas, que os mandatos são por 5 anos, e admitem apenas uma renovação. Esta regra, que respeita o requisito de mandatos longos, que superem e se dessincronizem do ciclo político-eleitoral, admite, ainda assim, uma renovação, o que influencia o grau de independência consoante se trate do primeiro ou do segundo mandatos.

De notar ainda que o regime de impedimentos e incompatibilidades acrescenta como requisito para a nomeação que o dirigente não tenha sido membro dos corpos gerentes das empresas dos sectores da electricidade ou do gás natural nos últimos dois anos ou seja ou tenha sido trabalhador ou colaborador permanente das mesmas com funções de direcção ou chefia no mesmo período de tempo, mantendo-se a proibição, já assinalada a propósito do ICP – ANACOM, de ter interesses de natureza financeira ou participações nas empresas reguladas.

No que concerne às regras de exoneração de membros individuais ou do órgão enquanto tal, as regras são em tudo semelhantes às estudadas para o ICP – ANACOM, sendo apenas esclarecido (o regime será o mesmo para o ICP – ANACOM, ainda que não expresso) que o mandato dos membros do conselho de

---

[657] Cf.os artigos 28.º e ss. do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril.

administração caducará caso a ERSE seja legalmente extinta ou fundida com outra entidade reguladora.

**Relações com congéneres europeias**

Pese embora exista na maior parte dos sectores um relacionamento entre entidades europeias com funções idênticas e uma matriz comum o sector eléctrico apresenta aí algumas especificidades, que enriquecem o estudo dessa realidade, pelo que o mesmo será feito nesta sede.

Nos países europeus, nomeadamente os da Europa do Sul, como sejam Portugal, Espanha[658] e Itália[659], só no final do século XX surgiram as primeiras Autoridades Administrativas Independentes com funções de regulação económica.

Quase todas elas influenciadas, como se mencionou, pela legislação comunitária.

De facto, é a *sugestão* comunitária de separar a função de regulação de outras actividades públicas (exercidas ou influenciadas pelos governos) que está na origem da entrega daquela função a autoridades administrativas independentes e da consequente ruptura com o sólido *princípio da subordinação de toda a Administração Pública estadual ao Governo*.

---

[658] V. LUCAS, José Cardoso [2002:163 e ss.].

[659] V. LUCAS, José Cardoso [2002:137 e ss.].

O que explica, como abaixo se discutirá que, em sectores abrangidos pela legislação comunitária subsistam modelos de regulação clássica, propriedade pública, regulação pela autoridade de concorrência, entre outros[660].

Esse enquadramento comunitário levou já a que se aventassem as vantagens que poderiam decorrer da existência de Autoridades reguladoras a nível comunitário.

Embora tal não exista formalmente, no sector eléctrico foi desde o início do processo de liberalização, em 2000, criado um Council of European Energy Regulators (CEER), que reúne os reguladores nacionais, dotados de independência, do sector energético (inicialmente 10, e actualmente 27).

A presidência do mesmo foi, durante muitos anos, de Portugal e a ERSE desempenhou, e desempenham, um papel activo no mesmo.

O CEER constitui-se como um mediador entre os reguladores e os órgãos comunitários relevantes, auxiliando activamente à criação de condições concretas para a realização do mercado único de energia. É também um *fora* de troca de experiências.

---

[660] A mesma diversidade se pode verificar mesmo dentro do modelo regulatório. Neste sentido V. BUIGUES, P.A., O. Guersent e J.F. Pons "Alternative models for Future Regulation", *Regulation of Network Utilities – The European Experience*, (ed. Claude Henry, Michel Matheu, Alain Jeunemaître), Oxford University Press, Oxford, 2001. p. 275: "It can therefore be stated that, although all Community legislation is based on homogeneous fundamental principles, the variants and peculiarities are such that there is no possibility at present of arriving at a single regulatory model in Europe.".
V., para alguns exemplos DIMITRAKOPOULOS, D. et al, *Better Regulation of utilities in Europe*, European Policy Forum, Londres, 1998, p. 23: "… it would be wrong to fit the Swedish pattern of regulation squarely into the ministerial control model. (…) French patterns of regulation fit most closely into a ministerial regulation model.".

No final de 2003 a própria Comissão Europeia acaba por institucionalizar o conceito, tendo criado o European Regulators Group for Electricity and Gas (ERGEG), com funções consultivas, e que tem objectivos idênticos aos do CEER, que continua a existir.

Os reguladores independentes conseguem, assim, em sede de cooperação europeia, ganhar um lugar próprio no processo de decisão política comunitária em matérias relativas aos mercados de energia.

É expectável que, noutros sectores, as experiências de cooperação multilateral actualmente em curso possam vir a evoluir na mesma direcção.

**Integração de Mercados: o MIBEL**

É também no sector eléctrico que se podem verificar os maiores avanços em termos de integração total de mercados.

Quando estiver efectivamente concluído o mercado ibérico estará, verdadeiramente, totalmente liberalizado, num salto qualitativo face ao momento europeu de liberalização do sector.

Pese embora ainda não totalmente efectivado, desde Novembro de 2001, que os Governos de Portugal e de Espanha assinaram um protocolo para a criação do Mercado Ibérico de Electricidade – MIBEL, agendado para ter início em Janeiro de 2003.

O protocolo de Novembro de 2001 estabeleceu também um calendário de desenvolvimento das interligações entre as redes eléctricas de ambos os países.

As sucessivas mudanças de Governo tanto em Portugal como e em Espanha atrasaram sucessivamente a concretização do MIBEL.

Dois acordos assinados em 2004 foram incapazes de permitir o início do funcionamento do MIBEL antes de 30 de Junho de 2005, data limite revista.

Em 2005, contudo, foi criado o Conselho de Reguladores, a quem incumbe aprovar as regras necessárias, quer técnicas, quer financeiras.

No dia 1 de Julho de 2006 o mercado de produtos derivados de energia eléctrica, OMIP, iniciou funções.

## 7.3 O sector do transporte ferroviário

### Resenha histórica

O caminho-de-ferro surge em Portugal no dia 28 de Outubro de 1856, em que se realizou a viagem inaugural de comboio, entre Lisboa e o Carregado[661].

Curiosamente, a regulação económica como a entendemos tem os seus primórdios no mesmo final do século XIX, com a criação, nos Estados Unidos da América, em 1889, da Interstate Commerce Commission enquanto entidade autónoma[662], para regular, *maxime*, o transporte ferroviário[663] e não, como muitos autores apontam[664], com a aprovação do Shermann Act em 1890, sendo que a Federal Trade Commission surgiria apenas em 1914.

Inicialmente a introdução dos caminhos-de-ferro foi responsabilidade de empresas privadas, que agiam ao abrigo de contratos de concessão a que hoje chamaríamos de concepção, financiamento, construção e operação.

---

661 A construção desta linha resulta da assinatura, em 13.05.1853, de um contrato entre o Estado e Hardy Hislop, Director e representante da Companhia Central Peninsular dos CFP, uma empresa privada, para a construção do caminho-de-ferro de Lisboa à fronteira de Espanha, passando por Santarém.

662 A ICC existia já desde 1887, mas inserida no Departamento do Interior.

663 Para uma descrição das competências da ICC V. EISNER, Marc Allen, Jeff Worsham e Evan J. Ringquist, "Contemporary Regulatory Policy", Lynne Rienner, Londres, 2000, págs. 35 e ss.

664 Assinalando este mesmo facto V. FERREIRA, Eduardo Paz [2003:395].

Eram, verdadeiramente, parcerias público-privadas, com características de repartição de risco e de investimento muito avançadas, pese embora tenham existido muito antes de o conceito entrar formalmente no léxico legal nacional[665], o que só veio a acontecer, de forma tardia mesmo em relação ao ressurgimento recente da figura a nível nacional.

Tal como actualmente, também, foram várias as vissicitudes, tendo o Estado de intervir muitas vezes no sector, ora como parceiro, ora como prestador directo do serviço, respondendo a situações de instabilidade económico-financeira dos concessionários, à ausência de candidatos à construção e exploração de determinadas linhas, etc..

Não obstante o sector é pautado pela existência de inúmeras[666] empresas privadas, mistas e públicas até meados da década de 1950.

Depois de um período em que coexistiram empresas públicas e privadas, a integração ocorreu em 1951 com a criação dos Caminhos de Ferro Portugueses[667].

---

[665] O primeiro regime legal especificamente dedicado a esta figura, que veio a consagrar a sua definição legal, foi o Decreto-lei n.º 86/2003, recentemente alterado pelo Código dos Contratos Públicos.

[666] Cfr., com datas de criação: 1874 - "Companhia dos Caminhos de Ferro de Porto à Póvoa de Varzim e Famalicão", 1875 - "Companhia do Caminho de Ferro de Guimarães"; 1878 - "Companhia dos Caminhos de Ferro da Beira Alta"; 1883 - "Companhia Nacional de Caminhos de Ferro"; 1907 - "Companhia do Caminho de Ferro do Vale do Vouga"; 1918 - "Sociedade Estoril"; 1927 - "Companhia dos Caminhos de Ferro do Norte de Portugal".

[667] Em 14.06.1951 é outorgado o chamado "Contrato de Concessão Única" e em 05.07.1951 é publicado o Decreto que aprova os Estatutos da CP.

Desde essa data e até à década de 1990 a história do sector em Portugal confunde-se com a da empresa única.

A reconfiguração institucional do sector ferroviário português teve o seu primeiro passo em 1997 com a desintegração vertical da empresa única então existente, nas actividades de gestão da infra-estrutura ferroviária e de operação do transporte ferroviário.

O desiderato foi atingido através da cisão da CP, E. P., e da consequente criação da REFER, E. P., que assumiu as funções de gestora da infra-estrutura.

Em 1998 foi criada a entidade reguladora, o Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF), a quem foi atribuída a missão de assegurar o equilibrado funcionamento do mesmo num novo cenário de multiplicidade de actores. O mesmo foi entretanto integrado no IMTT, I.P., que está em transformação em Autoridade Nacional de Transportes.

Estavam, assim, criadas as condições necessárias ao acesso à infra-estrutura ferroviária de outros operadores para além do operador histórico, o que não significou, contudo, qualquer imediata liberalização do mercado de transporte ferroviário, tradicionalmente associado ao conceito de serviço público.

Não obstante, em 1999 a FERTAGUS, empresa do Grupo Barraqueiro, venceu o concurso público internacional para a exploração do Eixo Ferroviário Norte/Sul, tendo-lhe sido atribuída a concessão para o transporte suburbano de passageiros.

A FERTAGUS foi, assim, o primeiro operador privado a assegurar a gestão e exploração comercial de uma linha ferroviária em Portugal, mediante o pagamento à REFER de uma taxa pela utilização das infra-estruturas[668].

O primeiro passo (modesto) no sentido do alargamento dessa liberalização veio a ser dado pelo Decreto-Lei n.º 60/2000, de 19 de Abril, relativo ao transporte internacional efectuado sob certas condições.

**Caracterização do sector**

Em termos gerais, a regulação económica é definida como a intervenção realizada em mercados que apresentam falhas, no sentido de corrigir as mesmas.

Essa intervenção pode afectar directamente algumas das variáveis do mercado como os preços, a qualidade, a variedade dos produtos oferecidos ou o próprio número de fornecedores de serviços.

Alternativamente, a regulação pode afectar indirectamente a *performance* do mercado impondo restrições aos participantes no mercado, do lado da procura e da oferta, ou ao seu comportamento.

No sector ferroviário a regulação económica surge como resposta às ineficiências resultantes da existência de um monopólio natural ao nível do mercado de fornecimento e gestão da infra-estrutura.

---

[668] Cf.o Decreto-Lei n.º 189-B/99, de 2 de Junho.

E com um quadro legal restritivo quanto à prestação de serviços de transporte, nomeadamente por força do disposto na Lei de Delimitação de Sectores.

Neste sentido, compete ao regulador promover a eficiência do gestor da infra-estrutura, ao nível da produção e dos custos, nomeadamente promovendo a eficiência tecnológica.

Na prática, o quadro institucional e legal é factor determinante na promoção dos objectivos e instrumentos de regulação.

Ao nível da tarifação, pretende-se que o regulador, com a informação disponível, conjugue o objectivo de extrair as perdas de bem–estar social, reduzindo as rendas do lado do monopolista e dos operadores, com a restrição de cobertura dos custos operacionais do monopolista e sem desincentivar o investimento.

Ao mesmo tempo, deverão ser criados os incentivos que levem a empresa gestora da infra-estrutura a oferecer os seus serviços o mais eficientemente possível, dadas as oportunidades tecnológicas e os preços dos factores produtivos.

**Principal legislação aplicável (o Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro)**

O regime previsto no Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, transpõe o originariamente o chamado Pacote Ferroviário I (designação comummente utilizada para designar o conjunto das Directivas 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE), que surge como um desenvolvimento da politica comunitária para o

sector, orientada essencialmente no sentido de introduzir mecanismos de mercado em sectores tradicionalmente fechados (tal como tem sido feito para os sectores das telecomunicações, energia, transporte aéreo, etc.).

Na verdade, sucede às Directivas 91/440/CEE, 95/18/CE e 95/19/CE (alterando-as nuns casos e revogando-as noutros) e é acompanhado pelas Directivas sobre interoperabilidade (que pretendem atenuar os obstáculos técnicos à realização do transporte internacional).

Por forma a permitir algum grau de liberalização o Pacote Ferroviário I aprofunda soluções já existentes e adopta novas soluções, que se podem resumir da seguinte forma:

a) Separação vertical entre a actividade de gestão da infra-estrutura e a operação de transporte ferroviário, com ênfase na necessidade de assegurar a existência de equilíbrio de contas do gestor da infra-estrutura;
b) Concessão às empresas europeias de direitos de acesso às redes dos vários Estados-membros em casos específicos;
c) Adopção de critérios gerais comuns no licenciamento do acesso à actividade de transporte ferroviário, e criação de um modelo uniforme de licença europeia, com vista ao mútuo reconhecimento das empresas operadoras de transporte ferroviário;
d) Publicitação junto dos operadores, pelos gestores da infra-estrutura, das características da mesma, bem como das condições da atribuição de canais horários e custo dos mesmos.

O legislador nacional aproveitaria ainda o ensejo para esclarecer o regime de prestação de serviços. Assim, foram considerados como liberalizados por força das Directivas os seguintes serviços[669]:

a) O transporte ferroviário internacional efectuado por agrupamentos internacionais, nos termos previstos na Directiva 2001/12;

b) O serviço de transporte ferroviário internacional de mercadorias na parte nacional da Rede Transeuropeia de Transporte Ferroviário de Mercadorias, por parte de empresas que se devam considerar estabelecidas num Estado-membro da União Europeia à data da realização do transporte, nos termos previstos na Directiva 2001/12.

Foram ainda considerados como liberalizados por efeito deste diploma e sem que as Directivas a tal obrigassem os seguintes serviços:

a) O transporte ferroviário de mercadorias por parte de empresas estabelecidas no território nacional.
Pretendia-se que as empresas nacionais pudessem desde logo adaptar-se a um mercado liberalizado e em funcionamento concorrencial de forma a torná-las mais aptas a responder à liberalização a nível europeu, já em 2008.
Se a liberalização do mercado nacional de transporte de mercadorias ocorresse apenas nessa data o impacto conjunto poderia ditar uma perda de competitividade das empresas nacionais.

[669] Cf.o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 29 de Outubro.

b) O transporte ferroviário de passageiros que seja meramente ocasional, ou com fins exclusivamente turísticos ou históricos.

   Pretendia-se fomentar a criação - embrionária - de competências das empresas de transporte ferroviário em matéria de transporte de passageiros por via da liberalização deste tipo de serviços.

   Este aspecto da proposta ter-se-á inspirado no modelo seguido no sector rodoviário, onde a introdução da liberalização se fez de forma muito semelhante.

Foi mantido como serviço não liberalizado e, portanto, sujeito a concessão ou delegação do Estado o serviço público de transporte de passageiros no território nacional.

De salientar que o facto de esta actividade se manter restrita não significa a ausência de possibilidade de o serviço público ser assegurado por empresas públicas – por delegação ou concessão – ou privadas – por concessão.

O Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, vem ainda introduzir regras sobre o acesso à actividade e licenciamento[670].

Assim, é fixada como condição essencial de acesso à actividade de transporte ferroviário a titularidade por parte das empresas de licença adequada ao tipo de serviço a realizar e emitida por entidade competente, sendo proibida a prestação daqueles serviços sem a titularidade de licença válida, ou fora do âmbito da mesma.

---

[670] Cf.os artigos 5.º e ss. do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 29 de Outubro.

As licenças são, portanto, autorizações genéricas de acesso à actividade de transporte ferroviário, válidas em todo o espaço comunitário (não obstante, não concederem de *per si* direito de acesso à infra-estrutura).

São, ainda, reforçados os poderes da entidade reguladora, com realce para a complementaridade da regulação e da fiscalização.

O estatuto de independência sectorial, em relação a operadores e gestor da infra-estrutura, que, desde a sua origem, caracterizava o INTF assegurava a necessária isenção no exercício de competências de fiscalização.

No que particularmente respeita ao acesso em condições equitativas e não discriminatórias, previa-se que o INTF podia (na sequência de queixa, ou adquirindo oficiosamente notícia do facto) injuntivamente determinar a concessão de acesso quando os obrigados a tal comportamento o tenham injustificadamente denegado[671].

Quanto à tarifação pela utilização da infra-estrutura ferroviária era proposto um modelo complexo[672], destinado, no essencial, a assegurar ao gestor

---

[671] Cf.o artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 29 de Outubro.

[672] Na nossa interpretação aquele dispositivo legal responde ao facto de, no sector ferroviário, os custos fixos serem muito maiores que os custos variáveis.
Neste contexto, se a tarifa base ali prevista (cf.artigos 52.º e ss. do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 29 de Outubro) fosse correspondente ao custo médio e o preço variável ao custo marginal muitos serviços de transporte não poderiam ser prestados. Com a saída desses serviços o custo médio para os remanescentes aumenta determinando a exclusão de mais alguns serviços e, num ciclo vicioso, levando a que o último serviço tivesse que pagar todos os custos fixos (na ordem das dezenas de milhões de contos) e o seu custo variável, sendo também ele excluído.
Preconizou o legislador, se bem o entendemos, a inversão da equação. A parte fixa do preço corresponde ao custo variável, que se espera todos possam pagar e é imputada na tarifa-base. A parte variável do preço corresponde aos custos fixos e é imputada na Tarifa para Recuperação Total

da infra-estrutura um nível de receitas que remunere de forma adequada a sua actividade regular, sem incorporar qualquer renda monopolista que possa onerar de forma excessiva os operadores de transporte ferroviário.

É também evidente a importância de que se reveste o procedimento de repartição da capacidade da infra-estrutura ferroviária: num cenário em que se pretende que a infra-estrutura ferroviária seja utilizada por diversos operadores, é necessário gerir distributivamente a capacidade disponível, estabelecendo-se obrigações estritas de informação, isenção e não discriminação.

Do correcto cumprimento daquelas obrigações depende, a um tempo, a salvaguarda da concorrência no quadro da prestação de serviços de transporte ferroviário e o desenvolvimento dos caminhos de ferro comunitários, por via da promoção da necessidade de manter e melhorar os níveis de fiabilidade dos próprios serviços prestados e permitir uma utilização eficaz da infra-estrutura.

Dessa forma, a garantia de que o acesso à rede se faça de forma transparente e não discriminatória obtém-se, no do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 29 de Outubro por duas vias: a via geral da determinação do conteúdo do «directório da rede» (que condensa um complexo informativo, necessariamente público, de caracterização da infra-estrutura) e a via particular da dinâmica do

---

de Custos. Os operadores em risco de exclusão por causa da parte variável podem solicitar a sua redução ou eliminação. Isto permite uma absoluta discriminação de preços sem que haja uma única exclusão. É a entidade reguladora que sanciona a redução ou isenção da parte variável, embora seja o Estado a aprová-la, porque lhe cabe suprir o diferencial perante a empresa regulada (compensação por obrigações de serviço público).

E se é verdade que tal compensação vem dos impostos de todos e que pode merecer aí uma critica também não é menos verdade que o custo social do transporte ferroviário (em termos ambientais, de acidentes, etc.) é muito menor do que o dos modos concorrentes. Todos beneficiam da sua revitalização. O "deadweight loss" é mínimo, para não dizer inexistente.

Eis um modelo, esboçado a traços largos, que em quase nada corresponde aos modelos teóricos.

próprio processo de repartição tendente à satisfação e coordenação de todos os pedidos de utilizador e de tráfego.

Na sequência do chamado Pacote Ferroviário I que, como vimos, deu origem ao actual regime, foram ainda aprovados o Pacote Ferroviário II e o Pacote Ferroviário III.

Tratam-se de aprofundamentos ao actual modelo, essencialmente no sentido de introduzir maiores graus de liberalização no transporte internacional e uma crescente separação de funções entre a regulação económica, a regulação da qualidade e a regulação técnica, bem como de consagrar os direitos dos passageiros[673].

**A Autoridade Reguladora Nacional Estatutos (remissão)**

O estudo das matérias estatutárias em relação ao Instituto Nacional do Transporte Ferroviário fica prejudicado pelo facto de este ter sido incorporado num novo Instituto, com a designação de Instituto para a Mobilidade e o Transporte Terrestre (IMTT).

De facto, o Decreto-Lei n.º 147/2007, de 27 de Abril, criou o Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, Instituto Público (IMTT, I. P.), pessoa colectiva de direito público integrada na administração indirecta do Estado, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, a qual funciona sob a tutela e superintendência do Ministro dos Transportes, Obras Públicas e Comunicações. Naquela data, o IMTT, I. P., absorve, na sua totalidade, as atribuições e

[673] Cf. o Decreto-Lei n.º 231/2007, de 14 de Junho.

competências do Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (INTF). A solução foi recentemente mantida com o Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de Outubro, que operou nova alteração de designação.

Embora se assuma no preâmbulo do diploma que *"no âmbito da regulação ferroviária, serão tidas em conta as características próprias do mercado ferroviário enquanto indústria de rede, devendo o IMTT, I. P., assegurar mecanismos que garantam com efectividade o acesso e exercício da actividade aos operadores de transporte ferroviário, de acordo com a capacidade da infra-estrutura disponível, adoptando regras de tratamento equitativo e não discriminatório."* a sua absorção num instituto público integrado na administração indirecta do Estado, sob superintendência e tutela do poder político não deixa de ser um recuo importante face à reforma de 1997/1998.

É certo que se prevê no diploma em causa que a regulação ferroviária fica cometida a uma estrutura, dotada de independência funcional, destinada ao tratamento das questões estritamente regulatórias do sector ferroviário.

Mas a independência funcional desta estrutura é assegurada apenas quanto ao conselho directivo do IMTT, I. P., sendo inclusivamente reforçada a dependência do poder político ao prever-se a nomeação do seu dirigente directamente pelo membro do Governo que tutela o sector dos transportes.

Este facto é ainda agravado pelo facto de se tratar de função (aparentemente) unipessoal.

À mencionada Unidade de Regulação Ferroviária passam a estar cometidas[674] as atribuições anteriormente cometidas ao INTF.

---

[674] Cf.o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de Outubro.

Nesta nova entidade as competências em matéria ferroviária aparecem diluídas, numa perspectiva intermodal da intervenção pública no sector dos transportes terrestres.

Existe, assim, um abandono de um modelo de regulação económica por entidade sectorialmente dedicada. Isto, menos de dez anos após a criação de um regulador ferroviário em Portugal, que surge no contexto de uma reforma do sector que procedeu à separação entre as actividades de gestão da infra-estrutura (de que foi incumbida a REFER, EP) e de exploração de serviços de transporte ferroviário, estabelecendo as condições de transparência e não discriminação que permitiram a entrada em operação de um novo operador no âmbito de um contrato de concessão.

Ao proceder à separação vertical em 1997, o Estado seguiu a orientação hoje prevalecente na Europa e traduzida, ainda que sob a capa de uma separação de funções e não necessariamente empresarial, na Directiva n.º 91/440/CEE aprofundada, posteriormente, pela Directiva n.º 2001/12/CE, a qual integra o Primeiro Pacote Ferroviário.

Embora não se registem recuos nessa matéria, e atendendo às características da entidade a quem caberá exercer as funções de regulação (sem quadro de pessoal autónomo, receitas próprias, ou independência orgânica ou funcional), pode dizer-se que o modelo da reforma de 1997/1998 acabou.

E, em certa medida, é abandonado também o modelo de regulação económica sectorial que temos vindo a estudar.

## 7.4 O sector do transporte aéreo civil

### Resenha histórica (remissão)

O sector aéreo inicia-se em Portugal pela via militar, sendo possível identificar os primeiros pilotos portugueses habilitados à prática da aviação a partir do início do século XX.

Nas décadas de 1920 e 1930 a experiência nacional consolida-se[675], depois de ter tido uma primeira experiência no âmbito da 1.ª Guerra Mundial.

Até 1944 a actividade aeronáutica civil em Portugal era regulada e tutelada pela Aeronáutica Militar.

Nesse ano a área da aeronáutica civil foi separada da militar, sendo criado um organismo tutelar para aquela, denominado Secretariado da Aeronáutica Civil (SAC).

Logo 1946, o SAC absorveu o Gabinete dos Aeródromos Civis e passou a denominar-se Direcção-Geral de Aeronáutica Civil (DGAC), dependente do então Ministério das Comunicações.

Inicialmente o SAC/DGAC, além da função reguladora de aeronáutica civil, exercia a administração directa das infra-estruturas aeronáuticas, do controlo da navegação aérea e mesmo de certas áreas dos transportes aéreos.

---

[675] Cf.a 1ª travessia aérea do Atlântico Sul em 1922, com Gago Coutinho e Sacadura Cabral.

Por exemplo, foi no seio do SAC que nasceu a actual TAP[676], mais tarde transformada em empresa autónoma.

Posteriormente estas áreas foram sendo privatizadas ou atribuídas a outras entidades públicas e a Direcção-Geral de Aviação Civil (DGAC) deu lugar, em 1998, ao Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC), limitando-se a função do actual INAC à de regulamentação e fiscalização.

## Caracterização do sector

O sector aeroporutário e da aviação civil caracteriza-se pela presença de dois tipos de mercados distintos.

Por um lado, a gestão de infra-estruturas aeroportuárias, actualmente a cargo de uma empresa pública, a NAV Portugal.

Esta empresa presta Serviços de Tráfego Aéreo e, ainda, serviços de disponibilização de infra-estruturas essenciais (aeroportos) e complementares (acesso a terminais, serviços, entre outros).

Numa perspectiva de prestação de serviços de transporte, o sector encontra-se bastante liberalizado a nível europeu, pese embora as limitações impostas a nível nacional quando se trate da prestação de serviço público de transporte contra o pagamento de compensações de serviço público (v.g., as

[676] Os Transportes Aéreos Portugueses foram fundados a 14 de Março de 1945.

ligações aos arquipélagos dos Açores e Madeira, objecto de concessão pelo Estado[677]).

De notar que a aviação civil é uma actividade fortemente regulada a nível internacional e comunitário.

Com efeito, a evolução verificada nos procedimentos da Organização de Aviação Civil Internacional, nomeadamente o alargamento a todos os Anexos à Convenção sobre a Aviação Civil Internacional, assinada em Chicago a 7 de Dezembro de 1944 (Convenção de Chicago), do seu programa de auditorias, a necessidade de implementar a Convenção do Eurocontrol, bem como os desenvolvimentos verificados na regulamentação comunitária, nomeadamente nas áreas do «Céu único» e de aeronavegabilidade e protecção ambiental, e a criação da Agência Europeia para a Segurança da Aviação, importam igualmente uma internacionalização da actividade dos operadores.

**Principal legislação aplicável**

No exercício de poderes de supervisão, compete ao INAC, I. P., licenciar, certificar, autorizar, e aprovar as actividades e os procedimentos, as organizações, os serviços, o pessoal, as aeronaves, as infra-estruturas, equipamentos, sistemas e demais meios afectos à aviação civil.

Assim, estão sujeitas a licenciamento:

---

[677] Cf.o disposto no Decreto-Lei nº 138/99, de 23 de Abril, e a regulamentação constante da Portaria n.º 1057/91, de 18 de Outubro, que estabelece os critérios relativos à aplicação das tarifas de transporte aéreo regular em serviços domésticos entre o continente e as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira. Cf.ainda a Portaria n.º 347/2001, de 9 de Abril.

a) As actividades:

   a. de transporte aéreo[678];
   b. de trabalho aéreo[679];
   c. de exploração aeroportuária e de assistência em escala[680] e quaisquer outras que envolvam a exploração de meios aéreos ou conexos;

b) O exercício das actividades do pessoal aeronáutico das categorias constantes do anexo n.º 1 à Convenção sobre Aviação Civil Internacional[681].

Estão sujeitos a certificação[682] do INAC, I. P. a generalidade das actividades conexas com o sector[683].

---

[678] Cf.o Decreto-Lei n.º 19/82, de 28 de Janeiro, relativo ao licenciamento para transporte aéreo não regular. Quanto ao transporte aéreo regular rege o Decreto-Lei n.º 66/92, de 23 de Abril que, na sequência da redacção dada à Lei de Delimitação de Sectores pelo Decreto-Lei n.º 339/91, de 10 de Setembro, veio permitir o acesso da iniciativa privada a actividades no sector aéreo que até à sua entrada em vigor lhe estavam vedadas.
Este último diploma foi necessariamente compatibilizado com as regras comuns europeias fixadas pouco depois, quanto a licenciamento de operadores de transporte aéreo, constantes do Regulamento (CEE) n.º 2407/92, Do Conselho, de 23 de Julho de 1992.
Actualmente, estas restrições foram, na prática, eliminadas pela Lei n.º 35/2013, de 11 de Junho.

[679] Cf.o Decreto-Lei n.º 172/93 , de 11 de Maio, que estabelece as normas relativas à actividade de trabalho aéreo, no que concerne ao licenciamento e certificação do operador.
[680] Cf.o disposto no Decreto-Lei n.º 275/99, de 23 de Julho, que regula o acesso às actividades de assistência em escala, nos aeroportos ou aeródromos nacionais, a entidades que efectuam transporte aéreo de passageiros, carga ou correio e o respectivo exercício.

[681] Cf.o Decreto-Lei nº 17-A/2004, de 16 de Janeiro, que aprova o regime geral do licenciamento aeronáutico dos pilotos, técnicos de voo e técnicos de certificação de manutenção de aeronaves, bem como o regime geral da certificação das respectivas organizações de formação.

[682] Cf.o Decreto-Lei n.º 111/91, de 18 de Março, que aprova o regime de certificação técnica das empresas nacionais de transporte aéreo.

Cf.ainda o Decreto-Lei n.º 66/2003 de 7 de Abril, que regula regula a certificação, aprovação e autorização de entidades que exercem as actividades de concepção de projectos, produção, manutenção, exploração, certificação, aprovação e autorização de produtos, peças, componentes e equipamentos utilizados em aeronaves civis

[683] V.g.:

a) As organizações de projecto, produção, de controlo de aeronavegabilidade e de manutenção das aeronaves referidas no anexo II ao Regulamento (CE) n.º 1592/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho, seus componentes e restantes produtos aeronáuticos;
b) As organizações formadoras de pessoal aeronáutico civil;
c) As organizações especializadas em medicina aeronáutica que emitam certificados médicos de aptidão de pessoal aeronáutico civil;
d) As qualificações, proficiência e aptidão física e mental do pessoal aeronáutico civil;
e) As aeronaves de matrícula nacional relativamente às suas condições de aeronavegabilidade, bem como as suas partes e componentes;
f) As aeronaves, relativamente à intensidade das suas emissões de ruído;
g) As infra-estruturas aeronáuticas, designadamente os aeroportos e aeródromos
h) Os operadores de transporte e trabalho aéreo;

Estão sujeitos a autorização do INAC, I. P.:

a) O acesso ao espaço aéreo sob controlo nacional e a aeroportos e aeródromos por parte de aeronaves civis;
b) O exercício de direitos de tráfego por operadores de transporte aéreo, bem como os direitos de exploração de outras actividades no âmbito da aviação civil;
c) A execução de acordos internacionais negociados e rubricados em nome do Governo;
d) A realização de festivais aeronáuticos e demonstrações aéreas;
e) A actividade de examinador de pessoal aeronáutico
f) A actividade de instrutor em dispositivo de treino artificial;
g) As organizações de fabrico das aeronaves ultraleves;
h) O exercício da actividade de trabalho aéreo por operadores estrangeiros.
i) Os projectos e modificações para as aeronaves referidas na alínea a) do n.º 3 do presente artigo;
j) As condições de prestação de serviço dos operadores que explorem actividades no âmbito da aviação civil, nos termos legalmente previstos;
k) Os procedimentos operacionais relativos aos sistemas de apoio à navegação aérea;
l) As condições de segurança relativas à aviação geral e à prática de desportos aeronáuticos;
m) As condições de transporte aéreo de mercadorias perigosas;

**A Autoridade Reguladora Nacional**

O Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC) foi originalmente criado através do Decreto-Lei n.º 133/98, de 15 de Maio.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril, veio reforçar os poderes de regulação económica.

Essa revisão insere-se na lógica das que, sendo-lhe contemporâneas, são analisadas a propósito de outras entidades.

Quanto às atribuições e poderes, o agora denominado INAC, I. P., vê consideravelmente alargados os poderes normativos e reforçados os poderes de supervisão, inspecção e fiscalização dos operadores de aviação civil.

Paralelamente, são reforçados os poderes de supervisão e inspecção sobre as organizações que constituem a pluralidade do sector da aviação civil. Acolhem-se, assim, as vantagens da actuação preventiva e participada pelos regulados em detrimento de uma actuação de natureza repressiva que, tanto em matérias de segurança operacional como de funcionamento dos mercados, constituiria uma opção de eficácia duvidosa.

---

n) Os procedimentos de navegação, de controlo de tráfego aéreo e de comunicações aeronáuticas, os procedimentos operacionais associados às infra-estruturas, sistemas e equipamentos de apoio à navegação aérea;
o) Os procedimentos operacionais de voo e outros requisitos técnicos associados à condução de aeronaves;
p) Os procedimentos de segurança do transporte aéreo;
q) Os sistemas ou componentes de sistemas de apoio à prestação de serviços de navegação aérea e os procedimentos operacionais a ele associados;
r) Os procedimentos relativos à formação de pessoal aeronáutico;
s) Os cursos de formação de pessoal aeronáutico;

O enquadramento dos poderes de intervenção reguladora completa-se com uma maior protecção ao passageiro, cujos interesses legítimos se confrontam hoje com obstáculos quase inultrapassáveis resultantes, quer das insuficiências da previsão legal, quer do facto de os conflitos se declararem quase tão só depois do serviço prestado e este ser, por natureza, irrepetível[684].

Nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril, o INAC, I.P., é um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, sob superintendência e tutela do ministro com a tutela da área dos transportes.

Competem ao INAC, I.P., no essencial, as seguintes atribuições[685]:

a) Regular e fiscalizar o sector da aviação civil e supervisionar e regulamentar as actividades desenvolvidas neste sector;
b) Assegurar o bom ordenamento das actividades no âmbito da aviação civil, regulando e fiscalizando as condições do seu exercício e promovendo a protecção dos respectivos utentes, designadamente através da realização de actividades inspectivas;
c) Credenciar entidades públicas ou privadas para o exercício de funções técnicas no âmbito das suas atribuições;
d) Assegurar a regulação de segurança do sector da aviação civil;

[684] Cf.o disposto no Decreto-Lei n.º 321/89, de 25 de Setembro, que define o regime de responsabilidade civil dos transportadores aéreos e institui a obrigatoriedade de realização de contratos de seguro para cobertura da respectiva responsabilidade. Cfr, ainda a Portaria n.º269/90, de 10 de Abril, que estabelece os prazos a que devem obedecer as reclamações a apresentar pelos destinatários de bagagens ou cargas transportadas por via aérea em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de transporte.

[685] Cf.o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

e) Assegurar a regulação económica do sector da aviação civil;

f) Promover e defender a concorrência no sector da aviação civil;

g) Defender os direitos e interesses legítimos dos utentes do sector da aviação civil;

h) Promover a segurança aérea;

i) Supervisionar e garantir o cumprimento das normas comunitárias que regulam o céu único europeu e das restantes normas internacionais em matéria de navegação aérea e licenciamento de controladores de tráfego aéreo, enquanto autoridade supervisora nacional;

j) Supervisionar, enquanto autoridade supervisora nacional, a gestão do espaço aéreo e a gestão dos fluxos do tráfego aéreo;

k) Assegurar a representação do Estado Português em organizações internacionais e comunitárias, nos termos da lei e sempre que assim for determinado;

l) Regular a economia das actividades aeroportuárias, de navegação aérea e de transporte aéreo no âmbito da aviação civil, respeitando o ambiente e os direitos dos consumidores;

m) Colaborar no estabelecimento de obrigações de serviço público e na fiscalização do respectivo cumprimento;

n) Assegurar a imparcialidade do quadro regulatório e a transparência das relações comerciais entre operadores;

o) Promover a competitividade e o desenvolvimento nos mercados da aviação comercial, nomeadamente no do transporte e trabalho aéreo, no da exploração aeroportuária e no da assistência em escala;

p) Assegurar o bom ordenamento das actividades no âmbito da aviação civil, regulando e fiscalizando as condições do seu exercício e promovendo a protecção dos respectivos operadores contra práticas e actos ilícitos;

q) Coadjuvar a Autoridade da Concorrência na aplicação das leis da concorrência ao sector da aviação civil.

Estão sujeitas à jurisdição do INAC, I. P. as entidades gestoras dos aeroportos e aeródromos nacionais, os prestadores de serviços de navegação aérea, os operadores de transporte aéreo e as entidades prestadoras de serviços de apoio ao transporte aéreo[686].

Do ponto de vista da organização interna o INAC, I.P. é organizado sob a influência do disposto na Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro), estando dotado dos órgãos genericamente ali previstos[687]:

a. O conselho directivo[688];
b. O conselho consultivo[689];
c. O fiscal único[690];

De notar que, aos membros do conselho directivo do INAC, I. P., é aplicável o disposto na lei-quadro dos institutos públicos e, subsidiariamente, o estatuto do gestor público, isto é, são livremente exoneráveis e a sua nomeação é desformalizada face ao que se analisou quanto ao ICP – ANACOM ou à ERSE[691].

---

[686] Cfr.o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

[687] Cf.o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

[688] Cf.o artigo 6.º e ss. do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

[689] Cf.o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

[690] Cf.o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

[691] Cf.o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

Este aspecto deverá ser unfiromizado na sequência da aplicação da mencionada Lei-Quadro dos reguladores.

Ao INAC, I.P. foi ainda reconhecido poder regulamentar, nas matérias sujeitas às suas atribuições[692].

Dispõe ainda de poderes de fiscalização, inspecção e auditoria[693] e, concomitante, de poderes sancionatórios, sendo de salientar a possibilidade de adopção de medidas cautelares, por motivos de segurança, podendo mesmo recorrer às autoridades para aplicar as mesmas pela força[694].

Como é usual no modelo agora adoptado para as entidades reguladoras sem características de independência o artigo 21.º do diploma prevê a colaboração com a Autoridade da Concorrência, nos termos expostos a propósito do INCI.

O INAC, I.P. vê ainda reforçados os seus poderes em matéria de defesa dos utentes do sector da aviação civil[695], incumbindo-lhe:

I. Proceder à informação pública acerca de todos os aspectos que interessem aos utentes e impor a mesma obrigação de informação aos operadores do sector;

---

[692] Cf.o artigo15.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

[693] Cf.os artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

[694] Cf.o artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

[695] Cf.o artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril.

II. Determinar a criação de mecanismos de apreciação das reclamações e queixas dos utentes por parte dos operadores e fiscalizar o seu funcionamento;

III. Promover a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos de natureza contratual entre as organizações sujeitas à sua acção e os consumidores;

IV. Garantir o cumprimento da regulamentação e legislação em matéria de protecção dos direitos dos passageiros do transporte aéreo, nas matérias de exclusiva competência do INAC, I. P., e nas matérias de competência repartida em estreita colaboração com as entidades governamentais nacionais de defesa do consumidor.

## 7.5 Sector das águas e resíduos;

**Resenha histórica (remissão)**

A EPAL – Empresa Pública das Águas Livres foi criada pelo Decreto-Lei n.º 553-A/74, de 30 de Outubro, para suceder à concessionária do abastecimento público de água a Lisboa, no termo da concessão desta, que ocorreu nessa mesma data.

O seu estatuto foi posteriormente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 190/81, de 4 de Julho, procurando corresponder ao crescimento demográfico da Região de Lisboa e Vale do Tejo, o qual determinava já então a evolução da EPAL no sentido de empresa de abastecimento regional.

Posteriormente, por efeito do Decreto-Lei n.º 230/91 de 21 de Junho, a EPAL é transformada em sociedade anónima.

A EPAL é, portanto, transformada em sociedade de capitais exclusivamente públicos, adoptando a firma abrangente de EPAL – Empresa Portuguesa das Águas Livres, S.A..

A liberalização do sector em causa remonta à década de 90.

Os municípios eram até 1993 responsáveis pela totalidade dos sistemas de água e saneamento em Portugal.

Quando, em 1993, os sectores das águas para consumo público, das águas residuais urbanas e dos resíduos sólidos urbanos foram abertos à actividade de empresas de capitais maioritariamente públicos e empresas privadas, por concessão, a situação que aí se registava, quase duas décadas passadas sobre a sua entrega ao poder local era claramente insatisfatória sob todos os pontos de vista.

Desde a Reforma de 1993, cerca de metade da população do país é abrangida por um novo modelo onde as responsabilidades pelos serviços são partilhadas por três níveis:

a) o local (municípios mantém-se responsáveis pelas actividades em baixa);

b) o regional (vários sistemas multimunicipais foram criados como empresas públicas responsáveis pelas actividades em alta);

c) o nacional (criação das Águas de Portugal, uma holding estatal e accionista maioritária dos sistemas multimunicipais[696]).

Foi igualmente criada uma entidade reguladora, o Instituto Regulador de Águas e Resíduos (ERSAR), entretanto redenominado Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR)[697].

A ERSAR regula os contratos de concessão entre os sistemas multi-municipais e o Estado, e entre os municípios e operadores privados. As

---

[696] Realidade que oferece as suas dificuldades expecificas. Cf. CARABBA, Manin, *L'intervento degli enti locali nella economia – problemi giuridici*, Giuffré Editore, Milão, 1966.

[697] Cf. o Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro, que aprova a orgânica da ERSAR, criada através do Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de Outubro, que aprovou a Lei Orgânica do então Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (MAOTDR).

competências da ERSAR cobrem áreas como as tarifas (comentários, recomendações); qualidade da água (monitorização, proposta de normas, informação ao público); e a entrada de operadores no mercado (recomendação ao nível do processo de contratualização).

A ERSAR foi criada pelo Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro, sucedendo ao IRAR

**Caracterização do sector;**

Neste sector os serviços são considerados serviços de interesse económico geral, do que decorre serem os mesmos considerados essenciais ao bem-estar dos cidadãos, e uma responsabilidade pública.

Por esse facto devem obedecer a um conjunto de princípios de onde se destacam a universalidade de acesso, a continuidade e qualidade de serviço, a eficiência e a equidade de preços.

O sector caracteriza-se pela presença de redes, que exigem investimentos extremamente elevados, com elevados períodos de recuperação do capital e com uma elevada imobilização. Isto explica o facto de ser um sector com características de monopólio natural.

O Estado, fruto de uma tradição municipalista nesta matéria, tem tido dificuldade na definição das competências a atribuir aos vários níveis de poder – administração central e local – ainda mais porque a unidade funcional para o planeamento e gestão da água, a bacia hidrográfica, não corresponde a nenhuma das unidades administrativas existentes.

Actualmente, a entidade reguladora apenas tem competências próprias quanto às entidades gestoras e concessionárias dos sistemas de captação e distribuição de água em alta e em baixa, não abrangendo as entidades de administração local autárquica, que estão em maioria em tudo o que respeite à gestão de sistemas.

Paradoxalmente, só quanto às segundas existe alguma liberalização propriamente dita. Não se pode deixar de dar conta, no actual momento, de alguma indefinição nestas áreas, estando ainda por esclarecer o âmbito de processos de privatizações em matéria de resíduos e, eventualmente, mesmo das águas, pelo que seria pouco prudente tentar fixar neste momento uma caracterização do sector.

**A Autoridade Reguladora Nacional**

A ERSAR viu os seus Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de Outubro

Como traços essenciais do regime aplicável a esta instituição pode referir-se que a ERSAR é uma pessoa colectiva de direito público, dotada de personalidade jurídica e com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, sujeita a tutela do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional.

São missões actualmente atribuídas à ERSAR:

a) Regulador dos sectores de abastecimento público de água, saneamento das águas residuais urbanas e gestão dos resíduos sólidos urbanos;

b) Autoridade Competente para a qualidade da água para consumo humano[698].

A actual regulamentação orgânica da ERSAR está em processo de revisão, pelo que não será analisada mais detalhadamente.

Do ponto de vista orgânico, e tendo em conta a actual tendência, será de esperar que o modelo a adoptar seja em tudo semelhante ao das demais entidades reguladoras.

---

[698] O Decreto-Lei n.º 151/2002, de 23 de Maio, veio alterar o Estatuto do ERSAR acrescentando-lhe as atribuições correspondentes à autoridade nacional para a qualidade da água para consumo humano nos termos do Decreto-Lei n.º 243/2001.

# 8. A desintervenção como doutrina

A desregulação é uma opção de abstenção de actuação do Estado[699] que incorpora um juízo de não intervenção[700].

Tipicamente, nesta opção, o mercado regula-se a si próprio[701]. O Estado *recua*[702].

Tal não significa, contudo, a total ausência de vigilância pública[703]. Surgem consensos, todos eles em torno da ideia de maior desintervenção possível. Vejamos.

---

[699] Usando terminologia algo diversa, facto para o qual se chama a atenção Cf. FRANCO, António L. De Sousa [1992:295]: "Adoptando uma visão mais própria de certos tipos de intervenção, há quem – sobretudo na moderna teoria anglo-saxónica, maxime norte-americana – prefira falar de regulation, definindo-a como a actuação do Estado que interfere com as forças do mercado (e, reflexamente, de deregulation, como movimento tendente a abolir tais formas de actuação, mantendo apenas as actuações do Estado que sejam conformes às "forças do mercado" ou do "livre funcionamento do mercado").".

[700] Que depende de ponderação autónoma. Cf. HARRIS, Richard et. Al, *The politics of regulatory change: a tale of two agencies*, 2.ª Edição, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 11: "An important way to distinguish one deregulatory effort from another is by the objectives of those pursuing deregulation.".

[701] CLARKE, Michael [2000:190] "… the laissez-faire sceptics immediately point to the costs, limitations and inadequacies of the regulation, and the lack of understanding of the regulators.".

[702] PIRES*, Francisco Lucas*, "Nova Economia, velho Estado, grupos de sempre? Dificuldades do "sisifo" corporativo?" *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. *231:* "Afinal a "deregulation" não é uma mera "recolocação", "transformação" quantitativa ou "redução" do campo normativo. Significaria, mais do que isso, uma minimização do Estado e do seu Direito, em simultâneo com uma reflexologização/relativização de ambos e em paralelo com uma extensa e intensa despolitização da Administração.".

No que respeita às situações de Concorrência Imperfeita aquilo a que se chama normalmente desregulação corresponde, na prática, à subsistência apenas de controlo geral, com base nas autoridades de defesa da concorrência[704].

Já deixámos expressa a posição de que é esta a opção preferida dentro da ideia de desintervenção para responder à maioria das situações[705] denominadas de Concorrência Imperfeita[706]. Mas há mesmo quem defenda essa opção para lidar com outras falhas de mercado – já não meramente potenciais – como sejam o caso dos monopólios naturais[707].

---

[703] Cf. OGUS, Anthony, "Corrective taxation as a Regulatory Instrument", *Regulation and Deregulation – Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, (ed. Christopher McCrudden), Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 15: "this concept [deregulation] should not be interpreted narrowly as requiring the total abolition of public controls, leaving it to the market and private rights to determine outcomes. Rather, deregulatory efforts have focused on devising more flexible and less interventionist measures.".

[704] Efectivamente; "O funcionamento do mercado pressupõe a liberdade de actuação dos agentes económicos. Mas pressupões também a existência de regras, consubstanciadas em normas legais, destinadas a corrigir ou eliminar eventuais situações nocivas ou abusivas que possam distorcer o funcionamento do Mercado e a actuação concorrencial dos diversos agentes económicos nas suas áreas de actividade." (MARTINS, José Guilherme J., *Direito da Economia*, Instituto Politécnico Autónomo, Lisboa, 1999, p. 363).

[705] Que não, naturalmente, a todas. De facto, "the invisible hand is powerful but not omnipresent". (MANKIW, N. Gregory [2001:220]).

[706] Como também se admitiu que a desregulação poderia permitir responder a certos tipos de externalidades, que seriam melhor eliminadas se confiadas à gestão privada.

[707] A questão não se coloca para as externalidades, embora possa ter alguma aplicação nas situações de assimetria informativa. Na legislação portuguesa, contudo, a obrigação de "disclosure" de informação relevante não pode ser imposta pela Autoridade da Concorrência. Tal poder existe, contudo, para o mercado bolsista, sendo exercido pela CMVM.

Como já referimos *supra* este modelo não é defensável[708] como solução para a situação dos monopólios naturais porque, no essencial, no tipo de situações em causa, o funcionamento eficiente do mercado é que gera o monopólio[709] (daí, eventualmente, a designação monopólio "natural").

Conhecemos bem a posição daqueles que defendem que não existem razões para intervenção estatal no caso dos monopólios naturais[710].

---

[708] V. LIPSKY Jr., Abbott B., e SIDAK, J. Gregory, "Essential Facilities", *Stanford Law Review,* Volume 51, Stanford, (1999), p. 1220, "Under those circumstances, no quantity of antitrust enforcement will change the structural characteristics that give rise to the essential facility problem. Such a facility is equivalent to a so-called "natural monopoly," and to control the use of monopoly power by the owner of the facility, society is faced with the same unappetizing alternatives available in any public utility context: public ownership, regulation in the classic "rate-base/rate-of-return" mould, incentive regulation, and various in-between solutions familiar to policy makers and students of this problem. Given the existence of the essential facility, antitrust intervention must confront the fact that any solution to the problems of economic inefficiency is inherently regulatory.".
V., ainda, FREIRE, Paula Vaz, "A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência", separata de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume 49, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, Lisboa, 2008 e DEZOBRY, Guillaume, *La théorie des facilités essentielles: essentialité et droit communautaire de la concurrence,* LGDJ, Paris, 2009, em especial pp. 335. e ss. quanto à caracterização da recusa de acesso como abuso de posição dominante.

[709] Cf. SALAZAR, António de Oliveira, *Economia Política*, (lições coligidas por Alberto Menano), Tipografia Conimbriguense, Coimbra, 1927, p. 362: "A concorrência que num semelhante caso se estabelece entre várias emprêsas não representaria vantagem alguma, pois levaria apenas a dividir o tráfego e a encarecer os produtos, pois cada emprêsa quereria ganhar o mesmo com menos movimento.".

[710] Para um elenco dos argumentos em causa V. CHURCH, Jeffrey [2000:61]: "conclusion that natural monopoly creates a rational for regulation has been challenged from three different, but related, perspectives:

1. Auctioning of a Monopoly Franchise. (…) replacing competition in the market with competition for the market might eliminate necessity for regulation. (…)
2. Contestability. (...) regulation is not required because hit-and-run entry will ensure that the incumbents charge (…) the second best price. A key requirement for a market to be contestable is that there are no sunk costs of exit and absolutely free entry.

A tese, no essencial, é que o monopolista natural não tem incentivos para cobrar uma renda monopolista e que qualquer outra conduta imprópria pode ser controlada pela autoridade de defesa da concorrência[711].

Quanto ao segundo aspecto o mesmo foi já por nós refutado.

Quanto ao primeiro aspecto, a análise de Richard Posner impressiona pela clareza e profundidade mas parte de uma presunção com a qual não concordamos[712]: que o perigo de entrada potencial de concorrentes existe sempre e que, no longo prazo, a cobrança de uma renda monopolista atrairá concorrentes, o que funciona como elemento de dissuasão[713].

---

> 3. Intermodal Competition. Regulation may not be required if competition form other modes [of transport] is strong enough to substantially limit the market power of the railroad.".

[711] V., para uma defesa tenaz desta posição o já muito citado Posner, Richard [1999:85] para quem: "there are different degrees of justification for the various regulatory controls, but in no case do the benefits clearly outweigh the costs."..

[712] E ainda que nós concordássemos com Posner – o que não acontece -, os gestores da empresa detentora do monopólio natural saberão que não é vantajoso para eles, no longo prazo, cobrar renda monopolista? Ou cederão à tentação de curto prazo de maximizarem os lucros? A resposta, todos o sabemos, é que o farão. Portanto o problema colocar-se-ia sempre, neste mundo de assimetrias informativas.

[713] Embora seja necessário distinguir cuidadosamente os monopólios naturais dos outros. V. WEICHENRIEDER, Alfons J., "How efficient is a contestable natural monopoly", CESifo Working Paper Series, Working Paper n.º 186, disponível em www.ssrn.com, Junho de 1999, p. 4: "In many natural monopolies, in particular those where significant sunk costs have to be incurred, the assumption of free entry and exit will be much too optimistic. However, there clearly are markets with fixed costs but no sunk costs. In the example of airline service to a small city, the wage bill for the pilot and the landing fee are largely independent of the number of passengers and therefore lead to fixed costs. However, these costs are certainly not sunk. Another example of a market with economies of scale but no sunk costs is mailing services. While it is economically more efficient if a certain area is served by only one postman instead of two competing ones, the postman's wage is not a sunk cost.".

Como julgamos ter já deixado demonstrado, em certos mercados, o monopolista natural terá custos fixos tão elevados que a amortização dos mesmos nos custos médios leva a que ele consiga fornecer virtualmente toda a procura, sempre com custos médios decrescentes[714].

Isto é, a sua posição reforça-se no tempo, ao invés de se diluir, porque a progressiva amortização dos *sunk costs* lhe permite praticar preços mais baixos, em caso de potencial entrada[715].

Os defensores da desregulação têm, modernamente, inflectido no sentido de defender a concorrência pelo mercado[716] e não no mercado[717].

---

[714] Por exemplo, a disponibilização de infra-estrutura ferroviária é um monopólio natural (já quanto à prestação de serviços de transporte as coisas serão diferentes). No caso português, como na maioria da Europa, esta indústria tem uma capacidade excedentária (repare-se que o custo da linha é elevadíssimo mas o custo variável com a passagem de mais um comboio é, comparativamente, muito baixo) a qual pode ser expandida a custos menores do que os que teria um "new entrant" (actualização de tecnologia de gestão de tráfego, duplicação de linhas em terrenos já afectos à exploração, imposição de tarifas "on peak" e "off peak", etc.) até limites que estão por encontrar. Até porque o sector do transporte está em "declínio estabilizado".
Nestas condições, como pode Posner defender que pode existir pressão concorrencial potencial? No exemplo concreto POSNER, Richard [1999:28], a outro propósito, identifica uma linha com custos (fixos + variáveis + renda monopolista) de 25.000, de que resulta um custo de 25 para 1000 toneladas, a qual acaba por sofrer uma pressão concorrencial importante de uma empresa que vem apresentar um preço de 12.51 para a mesma quantidade (ou seja, com uma receita total de 12.510). O que Posner não explica é como é que o concorrente consegue uma estrutura de custos 50% mais baixa. E é isto que, na realidade, se mostra impossível.

[690] Uma questão muito relevante em sede de regulação do preço, que pode ser pervertida se não se tiver em conta que "... many of the so-called fixed costs are in fact outlays which were made in the past for factors, the return to which in the present is a quasi-rent." (cf.COASE, R. H., *The marginal cost controversy*, "Economica", vol XIII, 1946, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics,* vol. I, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998).

[716] HARRISON, Jeffrey L. [1998:235] "The basic idea here is that the condition of natural monopoly

Tal seria atingido através de concessões de exploração a privados na sequência de licitação entre os vários interessados. Portugal tem atribuído já várias concessões deste tipo[718], regra geral na sequência de concursos públicos, muito por imposição das regras comunitárias nesta matéria[719].

Contudo, ao contrário do que possa parecer, este modelo não dispensa a existência de algum tipo de intervenção estatal[720], tipicamente através de regulação[721]; disfarçada, mas ainda regulação.

---

does not mean that prices must be regulated in order to avoid monopoly pricing. Instead, the focus is on *which* firm will be the single supplier. The competition is not, however, for individual customers; it is for the market itself.".

[717] V. VISCUSI, W. Kip, et al, [1998 :370].

[718] V., nesta matéria, GOUVEIA, Rodrigo, (2001).

[719] Supostamente, nessa situação "… a privatização dos monopólios naturais através de leilões, assimilando-se a licitação vencedora à maior eficiência subsequente na promoção dos interesses gerais, partindo-se do princípio de que o que separa o vencedor dos demais é a vantagem marginal nessa eficiência, e que essa vantagem é *revelada* na concorrência pelo mercado" (ARAÚJO, Fernando [2012:605].
No mesmo sentido Cf .DEMSETZ, Harold [1968:63]: "A franchise system that allows only a limited number of utility companies to serve a market area was employed frequently. A franchise system that awarded the franchise to that company which seemed to offer the best price-quality package would be one that allowed market competition between bidding rivals to determine that package."
[720] O caso do sector ferroviário inglês, do qual se pode dizer que "Tra i diversi processi di riforma el sistema de transporto ferroviario nazionale, quello attuato in Gran Bretagna rappresenta sicuramente il più ambizioso e, parimenti, il più rischoso." (cf.MERCURIO, Riccardo e Marcello Martinez, *Il transporto ferroviario europeo – Organizzazione e regolazione del mercato*, Gangemi Editore, Roma, 1999, p. 94) é paradigmático. A privatização do gestor da infra-estrutura sem que os mecanismos regulatórios fossem suficientemente fortes levou a quebras de qualidade na manutenção do sistema que culminaram nos vários acidentes graves ocorridos naquele país no início da década. Como consequência o Governo teve de tomar a direcção da empresa e foram impostas restrições de circulação que lançaram o caos em todo o sistema. O nível de desempenho anterior à privatização só deverá voltar a ser atingido em 2009, após um extenso programa de investimento.

De facto, o contrato de concessão[722] que é celebrado contém, na maioria das vezes, regras sobre quantidades, preços e qualidade de serviço e pressupõe (exige mesmo) que o Concedente (o Estado ou quem o represente[723]) exerça um controlo continuado e específico sobre o cumprimento do contrato, retendo o direito de punir o concessionário quando este não cumpra as normas[724].

Salvo as diferenças relativas ao facto de se tratar de uma relação bilateral este modelo não é diferente daquele em que a regulação económica de um dado sector se faz pela criação de regras com o mesmo objecto, verificação continuada do seu cumprimento e aplicação de contra-ordenações em caso de incumprimento.

O que se justifica porquanto o escolhido para a concessão não deixa de ser o titular de um mercado que é um monopólio natural[725], excepto que por um

---

[721] VISCUSI, W. Kip, et al, [1998:471] referem: "franchise bidding is preferred to regulation and regulation is preferred to public enterprise." Mas admitem que "the role of government in franchise biding is not as different from that of regulation as one might have believed from the theory.".

[722] V. GONÇALVES, Pedro, e Licínio Lopes Martins"Os serviços públicos económicos e a concessão no estado regulador"*, Estudos de Regulação pública I*, (org. Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

[723] Em Portugal a representação do Estado Concedente tem geometria variável: existem casos em que o representante é o Ministro (caso dos vários contratos de concessão de auto-estradas sem portagem, vulgo SCUT's), em que o representante é uma Autoridade Administrativa Independente (caso do contrato de concessão que atribui à sociedade FERTAGUS - Travessia do Tejo, Transportes, S. A., a exploração do serviço público de transporte ferroviário de passageiros no Eixo Norte-Sul da Região de Lisboa, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 189-B/99, de 2 de Junho) ou é uma empresa pública (normalmente com capitais repartidos com as autarquias e forma societária privada) criada para o efeito (caso da Metro do Porto, S.A.).

[724] Já não, naturalmente, pela aplicação de contra-ordenações mas antes pelo recurso a cláusulas penais insertas no contrato.

[725] Cf.DUNNETT, Andrew, *Understanding the market – an introduction to microeconomics*, 3.ª Edição, Addison Wesley, Longman, 1998, p.247: "A nationalized industry that monopolizes the

período de tempo limitado, mas com ausência total de pressão concorrencial (até pela protecção legal acrescida de que goza ao abrigo do contrato de exploração exclusiva pelo Estado)[726].

No que concerne às externalidades os mecanismos são também normalmente de tipo regulatório, como se viu no local próprio, assim como no que concerne aos demais aspectos dos bens públicos e até das assimetrias de informação.

Vamos ver agora como a intersecção desta ideia de desintervenção leva a que, a equacionar-se alguma intervenção do Estado, é quase sempre assumido um modelo regulatório, muitas vezes como *proxy* da real razão para escolha deste surgindo a ideia de que, dentro da intervenção pública é a menos má por força de ser a que melhor permite despolitizar a decisão pública.

---

market which it serves and is returned intact to the private sector is still a monopoly. A state monopoly has merely been replaced by a private-sector one.".

[726] ARMSTRONG, Mark, et al [1999:184]: "Liberalization is obviously necessary to achieve the benefits of competition, but experience has underlined that it is far from sufficient.", p. 184

# 9. A "despolitização" da Intervenção do Estado na Economia

Ao longo dos anos foi ganhando terreno a ideia de que se deveria "despolitizar" a intervenção do Estado na Economia, mesmo quando se admitisse a necessidade dessa intervenção. E o modelo de regulação tem-se tornado preponderante também porque é o que melhor permite cumprir aquele desiderato. Importa, por isso, dar-lhe especial destaque.

É a internalização de um racíocionio muito em voga, aparentemente lógico[727] e de difícil – mas necessária - refutação.

Caso paradigmático do que vimos sinalizando, no contexto da regulação económica é a preferência por um determinado tipo de *ente administrativo que, na doutrina nacional, tem recebido a designação genérica de A*utoridade Administrativa Independente.[728]

Por razões de economia não trataremos as soluções orgânicas de regulação económica dependente, isto é, integradas ainda na Administração Directa ou

[727] Cf. o nosso *A Regulação Económica como instrumento de (des)intervenção do Estado na Economia*, policopiado, Lisboa, 2005.

[728] A designação não é uma originalidade portuguesa. Basta percorrer a doutrina estrangeira para rapidamente encontrar referências às "autorités administratives indépendantes", às "autoritá independenti", às "administraciones independientes", só para citar as que nos são mais próximas. Cf. TEITGEN-COLLY, Catherine, "Les instances de regulation et la Constitution", *Rev Droit publ. Et la sci. en France et à l'étr.* Paris, 1990, p. 212: "L'expression même d'autorité administrative indépendante due au législateur qui y recourt pour la premiére fois dans la loi du 6 janvier 1978...".

indirecta do Estado. Até porque o recurso a este tipo de entidades tem sido cada vez menos expressivo.

Ademais, e em bom rigor, tudo o que se disser a propósito das Autoridades Administrativas Independentes esgota o que se poderia dizer quanto às entidades reguladoras *dependentes*.

Já o inverso não é verdade, com o objecto da nossa exposição a ter características próprias. No entanto, e até tendo em conta a realidade portuguesa[729], não podíamos omitir esta distinção.

Geneticamente recondutíveis, nesta sua faceta associada à regulação económica, à experiência americana do final do século XIX[730], com a

---

[729] Em Portugal foram entidades reguladoras vários Institutos Públicos sem autonomia. Casos do Instituto Nacional do Transporte Ferroviário, do Instituto Nacional de Aviação Civil. Cf.FERREIRA, Eduardo Paz [2003:41] vai mesmo mais longe, atribuindo-lhes uma natureza "impura", por acumularem funções típicas de regulação com outras de índole administrativa clássica.

[730] As Autoridades Administrativas Independentes surgem também muitas vezes associadas à necessidade de ter actores capazes de verificar o cumprimento da legalidade pela Administração Pública, particularmente quando estão em causa direitos, liberdades e garantias.
Nessa dimensão, de que não nos ocuparemos, o antecedente histórico mais antigo é, para a maioria dos autores o *Ombudsman* sueco, entidade criada no início do século XIX. Neste sentido V. LUCAS, José Cardoso [2002:15] e bibliografia aí citada, em especial na nota 1 e, em especial, MORAIS, Carlos Blanco de, "As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa", *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 1, Lisboa, 2001.
São exemplos nacionais deste tipo de Autoridades Administrativas Independentes, entre outras, A Comissão Nacional de Eleições, a Alta Autoridade para a Comunicação Social e a Comissão Nacional de Protecção de Dados.
Cf. ainda MORAES, Alexandre De (organ.) et. al, *Agências Reguladoras*, Editora Atlas, São Paulo, 2002, p. 22: "A origem remota das Agências Reguladoras é inglesa, a partir da criação do Parlamento, em 1834, de diversos orgãos autônomos com a finalidade de aplicação e concretização dos textos legais. Posteriormente, em virtude da influência do direito anglo-saxão, os Estados Unidos criaram, em 1887, a *Interstae Commerce Commission*, iniciando assim a instituição de uma série de agências.".

autonomização da Interstate Commerce Comission do Departamento do Interior em 1889[731].

Experiência que terá tido paralelo no Reino Unido que, em 1900, teria já perto de uma dezena deste tipo de entidades[732].

Na Europa Continental o aparecimento de Autoridades Administrativas Independentes durante o século XX foi quase confinado aos casos francês e alemão[733], neste último com reduzida expressão, mesmo na actualidade.

No caso dos restantes países europeus, nomeadamente os da Europa do Sul, como sejam Portugal, Espanha[734] e Itália[735], só no final do Século XX

---

[731] A nível estadual os antecedentes poderão ser ainda mais remotos. V. KANAZAWA, Mark T. e Roger G. Noll, "The origins of state railroad regulation: The Illinois Constitution of 1870", *The regulated economy – a historical approach to political economy*, (ed. Claudia Goldin e Gary D. Libecap), The University of Chicago Press, Chicago, 1994, p. 15: "This paper focuses on the revision of the Illinois constitution in 1870 for three reasons. First, Illinois was the first state to establish a permanent economic regulatory agency. The legislation implementing the regulatory provisions of the 1870 constitution was the subject of Munn. V. Illinois, the first Supreme Court decision that declared state economic regulation to be constitutional.".

[732] Os denominados *quangos*, ou seja, *quasi-autonomos non governmental organizations*. Para um desenvolvimento das características especificas da experiência inglesa V. LUCAS, José Cardoso [2002:69 e ss.] e bibliografia aí citada. Segundo FERREIRA, Eduardo Paz [2003:395(561)] a primeira Autoridade Administrativa Independente inglesa terá sido a Railway and Canal Commission seguida de perto pela Electricity Commission.
Divergentemente V. GRAHAM, Cosmo [2000:1] "The new regulatory bodies that were created on privatization represented a substantial institutional innovation in British terms, as we have had no history of regulatory agencies, unlike the USA.".

[733] Sobre as experiências alemã e francesa consulte-se, respectivamente, LUCAS, José Cardoso [2002:83 e ss.] e [2002:93 e ss.], respectivamente. Para o caso brasileiro, com muito interesse, Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de, A*gências Reguladoras e a evolução do direito administrativo económico*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002.

[734] V. LUCAS, José Cardoso [2002:163 e ss.].

surgiram as primeiras Autoridades Administrativas Independentes com funções de regulação económica.

Quase todas elas influenciadas, como se mencionou já, pela legislação comunitária.

De facto, é a *sugestão* comunitária de separar a função de regulação de outras actividades públicas (exercidas ou influenciadas pelos governos) que está na origem da entrega daquela função a autoridades administrativas independentes e da consequente ruptura com o sólido e muito continental *princípio da subordinação de toda a Administração Pública estadual ao Governo*.

Escreve-se *sugestão* porque, em regra, os normativos europeus não impõem a criação de autoridades administrativas independentes, permitindo aos Estados-membros a definição nacional da melhor solução orgânica em cada caso[736].

Tal como não impõem, esclareça-se, pelo menos do ponto de vista formal (como vimos) qualquer regra quanto à propriedade pública ou privada[737].

---

[735] V. LUCAS, José Cardoso [2002:137 e ss.].

[736] O que não deixa de ser reflexo de uma escolha politica. Cf. BERMANN, George A. [1997:61]: "They also suggest that political moods and impulses are satisfactory basics on which to determine how much centralized and how much decentralized decision-making there should be.". Cf., ainda, LENAERTS, Koen, "Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community", *European Law Review*, Londres, 1993.

[737] JUSTEN, Monica Spezia, *A noção de serviço público no direito europeu*, Dialética, São Paulo, 2003, p. 173: "O direito comunitário da concorrência está articulado de modo a atender a um modelo econômico neoliberal, so a luz das teses de redução do Estado, da eficiência e da concorrência. No entanto, a livre concorrência para o direito comunitário não implica em abertura irrestrita do mercado e controle único pelos seus próprios mecanismos. Acredita-se que o mercado

Não deixa, contudo, de ser verdade que a progressiva liberalização de sectores anteriormente vedados à iniciativa privada – essa sim imposta, muitas vezes, por legislação comunitária, ao abrigo da construção do mercado comum[738] – pressupõe ou, pelo menos, induz a adopção de forma de organização do mercado que permitam que o mesmo possa funcionar e ser regulado sem interferências ou pressões de natureza política[739].

Neste particular modo de ver as coisas a atractividade, para o sector privado, de certos mercados dos quais esteve excluído durante longos períodos de tempo depende muito da *segurança* e, acima de tudo, da *confiança* do mesmo em que o Estado não irá, através da sua intervenção, alterar substancialmente as condições de funcionamento do mesmo.

Tal intervenção é especialmente temida atendendo a dois factores:

---

funciona também sob a regulação de ordem pública que lhe dá uma conformação diversa daquele modelo exprimentado no século XIX.".

[738] Dependência nem sempre expressamente assumida. Cf. LAROUCHE, Pierre [2000:352]: "…proceedings under EC competition law are not open or transparent. (…) Liberalization is not a policy goal in and of itself, but rather it is pursed as a means to achieve higher-raking objectives.".

[739] Cf. LAROUCHE, Pierre [2000:440]: "…the EC Treaty even contains a Title on trans-European networks which, if given a normative dimension as opposed to an operational and financial one that is inadequate for telecommunications, could form the basics for a clear and focussed mandate for sector-specific regulation, one that is compatible with EC law from the very start.".

a) em primeiro lugar tratam-se, em muitos casos, de sectores estratégicos no tecido económico, muitas vezes com influência no andamento da economia em geral[740];

b) em segundo lugar tratam-se de sectores onde, recorde-se, o Estado tem uma tradição de intervenção directa (muitas das vezes através de empresas públicas) que, mais não seja por inércia, poderá ser tentado a continuar a exercer [741].

A instituição de Autoridades Administrativas Independentes corresponde, assim, à sinalização, pelo Estado, de que pretende a neutralidade política da actuação regulatória, que se pautará por critérios técnicos e estará isenta de pressões políticas.

Facto especialmente importante quando se entenda que as pressões políticas se prendem, as mais das vezes, com estratégias de curto ou muito curto prazo (condicionadas, desde logo, pelo ciclo eleitoral) e são ditadas por

---

[740] O preço da electricidade, por exemplo, ou das demais fontes de energia, tem um impacto directo na rentabilidade e competitividade do tecido empresarial. Veja-se o caso da recente subida do preço do crude que, segundo a maioria dos analistas, a manter-se, poderia significar o comprometimento da retoma económica a nível mundial.

[741] Existindo mesmo casos em que essa intervenção se mantém após a liberalização, caso em que a neutralização política é ainda mais importante. Cf. SOARES, João, "Os reguladores e a defesa do interesse nacional: dilemas no caso de mercado de capitais", *Cadernos do mercado de valores mobiliários*, CMVM, Lisboa, 2003, p. 243: "Quando o Estado actua simultaneamente como interveniente num determinado mercado e como autoridade ( *jus imperii*), para garantir o normal funcionamento das instituições e dos mecanismos de mercado, é imprescindível que se crie uma entidade reguladora para esse mercado que, enquanto Estado, imponha às entidades públicas-agentes o cumprimento das regras do jogo.".

necessidades que, muitas vezes, não só não coincidem como conflituam com a filosofia da intervenção regulatória[742].

Mas já não tão positivio quando se tenha em conta que, tal como nem todas as empresas se dedicam ao lucro especulativo ou à cartelização, também nem sempre o Estado se expressará daquela forma menos saudável.

Esta *neutralização política* constitui um passo mais após a desintervenção económica do Estado.

O poder político retira-se agora para as funções de orientação política da economia, cometendo as tarefas de *regulação económica* a autoridades acentuadamente independentes do Governo.

Do que se trata é de *preservar* tanto quanto possível a esfera da regulação económica não só, como se viu, por imperativos de neutralidade mas também como forma de garantir, como também já se assinalou, a estabilidade do quadro regulatório, para lá do ciclo político[743]. Mas não para lá do ciclo das empresas.

---

[742] Cf. MUELLLER, Dennis C., *Public Choice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, p. 152: "The assumption that government popularity is based on the levels of key economic variables underlies the hypothesis that that a "political business cycle" exists,"

[743] Cf. BOUDREAUX, Don e Robert B. Ekelund, "Regulation as an exogenous response to market failure: a Neo-Schumpeterian response", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. XI, 1987, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics,* vol.III, (eds. Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998, p. 552: "The new-institutionalist theory of regulation poses the regulatory agent as an impartial and efficient administrator of a relational contract between sellers and buyers in markets characterized by uncertainty and heavy capital investment.".

Se tal é uma opção sempre defensável ou não é matéria à qual não deixaremos de regressar.

Em certos casos, como o português, a necessidade de colocar o poder político a uma certa distância da *regulação económica* de um dado sector prendeu-se também com a permanência, mesmo após a liberalização, de empresas públicas nesses mesmos sectores.

Aí o argumento central é o de que a *imparcialidade* da actuação do Estado estaria comprometida se não fosse adoptada uma solução de separação orgânica e funcional entre o Estado-autoridade e o Estado-accionista.

Por outro lado, tratando-se muitas vezes de criar mercado onde ele não existia e de assegurar um acompanhamento impunha-se a existência de uma autoridade sectorial (não necessariamente independente por esta razão) que pudesse promover activamente a entrada de novos concorrentes através do recurso às ferramentas de *regulação económica* de que falámos anteriormente.

Também ainda não implicando necessariamente a tal independência pode alegar-se a complexidade técnica deste tipo de sectores (especialmente daqueles que têm por base uma rede de distribuição) que recomendava também a existência de uma agência especializada.

Em termos de considerações não directamente relacionadas com a eficiência da intervenção do Estado (e mais próximas da problemática da regulação *social*) o modelo de regulação sectorial dedicada surge muitas vezes associado a sectores onde existem obrigações de serviço público, nos quais a

qualidade, universalidade e acessibilidade do serviço são fundamentais e carecem de uma vigilância constante[744].

Pese embora o exposto também não é menos verdade que, se a intervenção do Estado é necessária ao bom funcionamento do sector, pois só ele possui o *ius imperii* necessário para impor regras de funcionamento, não se pode advogar a retirada total do poder público. O que se pretende é, tão só, que ele se desligue da decisão política.

As Autoridades Administrativas Independentes surgem, neste contexto, como uma solução de compromisso: à opção de distanciar o desempenho da função reguladora da esfera de influência governamental, corresponde o seu cometimento a uma entidade ainda integrada na organização administrativa do Estado e dotada, portanto, de poderes de autoridade que lhe são cometidos por lei.

Na Europa o surgimento das Autoridades Administrativas Independentes – uma relativa inovação na organização institucional – coincidiu, e foi potenciado, por uma revisão substancial do papel do Estado na Economia e na formulação de novas políticas de intervenção económica.

Perante este contexto há mesmo quem[745] não hesite em falar de um processo de *americanização* da Administração Pública Europeia e da forma de ver

---

[744] Cf. SILVA, Pedro Aurélio de Queirós Pereira da, *Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos*, FDUNL, Lisboa, 2001, p. 17: "Nos setores regulados, outras finalidades concorrem com a noção de concorrência. A maioria dos serviços não comporta concorrência plena e, além disto, objectivos de interesse público, tais como universalização e continuidade da prestação, nem sempre são convergentes com os princípios que norteiam o antitruste.".

a relação entre os Estados e a Economia. Omitindo que existem diferenças importantes nas características das entidades em causa.

O surgimento destes novos entes administrativos (cuja natureza e regime não deixaremos de mencionar) gera dificuldades várias ao ordenamento jurídico, desde logo ao nível dos textos constitucionais[746].

Mais concretamente, ao nível da chamada *Constituição Económica*[747].

Apesar de tal matéria ter sido já largamente abordada não poderemos deixar sem nota alguns apontamentos sobre o aspecto específico do enquadramento constitucional destas entidades e as dificuldades que o mesmo comporta face à lei fundamental portuguesa.

Especialmente porque – e antecipando desde já o resultado deste *excurso* constitucional – a solução dessas mesmas dificuldades nos dará um critério operativo que, juridicamente sustentado na Constituição da República Portuguesa (CRP), *coincide* com considerações importantes de índole economicista quanto à eficiência da regulação económica, entendida esta na perspectiva que perfilhámos.

---

[745] CAL, Arianne Brito Rodrigues [2003:81] "a figura da agência reguladora representa uma das maiores contribuições do "Administrative Law" norte-americano para o direito administrativo tanto europeu quanto latino-americano.".

[746] A questão é também discutida nos Estados Unidos (V. LUCAS, José Cardoso [2002:63 e ss.]), em França (*idem, ibidem,* p. 123 e ss.), em Itália (*idem, ibidem*, p. 153 e ss.) e em Espanha (*idem, ibidem*, p. 175 e ss.).

[747] Cf., por todos, MOREIRA, Vital, *Economia e Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, p. 42: " ...a constituição económica é definida apenas como o conjunto de preceitos que estabelecem os princípios e os limites da intervenção do Estado na economia, que regulam as relações entre o estado e a economia.".

De notar, ainda, que a tradicional multiplicidade de figurinos legais na criação das Autoridades Administrativas Independentes[748] (o que sobremaneira dificulta, para já não dizer que impede, o tratamento de conjunto das mesmas) e o seu muito sumário tratamento até à data na Lei-Quadro dos Institutos Públicos determinam que a existência de uma raiz ou tronco comum no seu regime jurídico se reconduziu, até hoje, precisamente, ao texto constitucional[749].

Estas dificuldades deverão ser ultrapassadas ou mesmo resolvidas com a aprovação da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos setores privado, público e cooperativo.

De facto, em Portugal (e na maioria dos países de tradição administrativa continental) o modelo da administração independente impõe uma ruptura com a regra – velha de séculos – de que o Governo ocupa uma posição de clara supremacia sobre a Administração Pública, competindo-lhe dirigir e tutelar a sua actividade[750] e esse facto tem consequências relevantes a nível constitucional.

---

[748] AUTIN, Jean-Louis « Du juge administratif aux autorités administratives indépandantes – un autre mode de régulation ", *Revue Droit Publique*, Paris, 1998, p. 1226 aduz que esta particularidade inpõe especiais cautelas ao intérprete : "A l'évidence d'un point de vue théorique la catégorie des autorités administratives indépandantes manque d'homogénéité et chaucun des termes de l'expression est sujet à caution. ".

[749] Pese embora a limitada expressão destas entidades na CRP. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Existe um direito constitucional da regulação?*, "Revista do Advogado", São Paulo, 2003, p. 110: "Se nos dermos ao trabalho de reler os artigos dedicados pelas Constituições nacionais à administração pública, (...) Pouco ou nenhum relevo é conferido às Administrações independentes (de entidades reguladoras independentes)."

[750] Cf.o disposto no artigo 182.º da CRP: "O Governo é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública." E o disposto no Artigo 199.º alínea d): "Dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado, civil e militar, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma;".

E poderia mesmo gerar dúvidas[751] sobre a possibilidade de o Governo, ao arrepio de tal disposição, determinar a criação de entidades não sujeitas à sua superintendência e tutela.

---

[751] A este propósito é particularmente interessante a consulta do teor da discussão parlamentar em torno da aprovação do artigo 267.º n.º 3 da CRP ( cf.Diário da Assembleia da República, II Série (RC), n.º 63, de 1996-12-05, p. 1901 e ss.), onde o Deputado Barbosa de Melo se pronuncia no seguinte sentido:
*"Sr. Barbosa de Melo (PSD): - ... porque há tantas [entidades administrativas independentes] e nunca, que eu saiba - aliás, V.Ex.ª, Sr. Presidente, é que sabe disso, não sou eu -, os tribunais fizeram cair qualquer uma dessas entidades pelo facto de não terem um fundamento constitucional. A ideia que está por trás disto é a de que a Constituição tem de definir um sistema fechado, no fundo um sistema pandectístico, como aqueles de que o BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) foi uma expressão. (...) A ideia que anda aqui - é a nossa tentação, 100 anos depois - é a de fazer uma Constituição que é um sistema fechado, quando metodologicamente, por todo o lado, o sistema jurídico e os sistemas parciais do direito são sistemas abertos, têm princípios reguladores institucionais importantes, e o nosso aqui é o princípio da legalidade. Desde que o legislador crie uma lei, ou faça uma lei com base na qual é possível instituir-se uma entidade administrativa independente, não há razão nenhuma para ela não poder subsistir só porque a Constituição não usa aquela palavra.*
*É esta a minha atitude. No fundo, tenho uma certa relutância em aderir à tese de que é necessário um texto constitucional para autorizar a criação de entidades administrativas independentes. Estamos a viver um hiperpositivismo constitucional - só o que está lá, nas palavras, é que é direito... -, a Constituição como sistema fechado, um sistema pandectístico. É esta a tentação da nossa jovem doutrina constitucional.*
*Mas, enfim, há um argumento que justifica, de algum modo, que se pare aqui e se pense (o n.º 3 do artigo 3.º), que faz depender a validade das leis da conformidade com a Constituição. Sendo certo que é escrito, embora usando uma fórmula tradicional nos nossos textos constitucionais, já depois daquela distinção feita por Weisenman entre o juízo de conformidade e o juízo de compatibilidade com a Constituição, em sentido estrito, só são válidas as leis conformes à Constituição, não basta serem compatíveis com a Constituição; têm de ser conformes à Constituição, têm de ser dedutíveis em algum sentido da Constituição. Então, talvez se justifique esta ressalva."*
Tendo o então Presidente da Assembleia da República, Almeida Santos, aditado:
*"Creio que esta norma visa dois objectivos. Por um lado, visa resolver um problema. A administração independente é um problema para o princípio tradicional da administração governamental, e esse é o princípio que está na Constituição: o n.º 2 do artigo 267.º, tal como consta do actual texto constitucional, trata do princípio da administração governamental. Por definição, a Administração implica um governo, um ministro, implica portanto um chefe, uma autoridade que dirija, superintenda ou, pelo menos, tutele. O problema da administração independente existe exactamente porque é uma excepção ao princípio da administração governamental. Essa norma visa, portanto, resolver esse problema.*

Com excepção naturalmente, dos casos em que a própria CRP o preveja[752].

Tais dúvidas foram dissipadas pela inclusão[753] no artigo 267.º de um n.º 3 onde expressamente se prevê: "A lei pode criar entidades administrativas independentes.".

Na ausência de tal previsão (que inexistia, recorde-se, à data de criação, por exemplo, da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários[754] ou da então designadaEntidade Reguladora do Sector Eléctrico[755]) poderia arguir-se a

---

*Em segundo lugar, visa pôr a Constituição mais próxima da realidade. A administração independente está aí, entre nós e lá fora. Aliás, não é invenção nossa, foi uma invenção americana transposta depois para a Europa e que floresceu nos últimos 20 anos em todos os países europeus. Penso que uma figura dessas não deve estar à margem de uma Constituição. Para o bem e para o mal, trata-se de uma Constituição que procurou dar guarida a todas as figuras minimamente relevantes. Na verdade, trata-se, pois, de incluir uma figura que existe e de a retirar da, digamos assim, clandestinidade constitucional.*
*Pôr a Constituição de acordo com a realidade, constitucionalizar uma figura importante que existe, retirar da clandestinidade essas figuras que estão à margem do paradigma tradicional da administração governamental é o propósito dessa norma que propus e à qual o projecto do Partido Socialista deu guarida..*

[752] É o caso, apenas, da Alta Autoridade para a Comunicação Social, AACS, (cf.o Artigo 39.º n.º 1 da CRP) que prevê: "Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social", de que não nos ocuparemos e, indirectamente, do Banco de Portugal (cf. Artigo 102.º da CRP) onde se dispõe que: "O Banco de Portugal é o banco central nacional e exerce as suas funções nos termos da lei e das normas internacionais a que o Estado Português se vincule.", ao abrigo do seu Estatuto de membro do Sistema Europeu de Bancos Centrais.
[753] Pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. De notar que esta positivação tardia é comum porquanto (CANOTILHO, José Joaquim Gomes [2003:109])"... o direito constitucional da regulação passa a fazer parte da chamada "constituiçaõ real" antes de ser canalizado normativamente para a constituição formal.".

[754] Cf. FIGUEIRA, João Luis, "A supervisão e a regulação dos mercados de Valores Mobiliários e as relações internacionais", Cadernos do mercado de valores mobiliários, CMVM, Lisboa, 1999.

[755] Hoje Entidade Reguladora do Sector Energético, tendo visto as suas competência sobre o mercado eléctrico alargadas também ao mercado concorrente do gás natural.

*inconstitucionalidade* da criação de tal tipo de entidades[756] com base nos seguintes argumentos[757]:

a) Violação do princípio da separação de poderes[758], porquanto a maioria das entidades administrativas independentes com funções de regulação económica combinam, em certa medida, o exercício das três clássicas funções públicas[759], nos termos que *infra* se descreverão com maior detalhe;

b) Violação do princípio de que cabe ao Governo a direcção de toda a Administração Pública (cfr. o já citado artigo 182.º da CRP);

---

[756] V. VERSOS, Rodrigo Simeão [2000:24]: "... o legislador da Quarta Revisão Constitucional, ocorrida no ano de 1997, veio admitir a possibilidade de existência de Entidades Administrativas Independentes. É certo que a norma não se destinava, em primeira análise, a permitir a criação de AAI do tipo regulatório que aqui se visa tratar, mas sim a dar cobertura a "figuras já existentes em domínios circunscritos do Direito Administrativo português" afastando, assim, o fantasma da eventual inconstitucionalidade que pairava já sobre algumas AAI criadas pelo legislador ordinário.".

[757] Parcialmente discutidos por LUCAS, José Cardoso [2002:437 e ss.].

[758] V. o Artigo 2.º da CRP: "A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.".

[759] Ora nos termos do Artigo 111.º da CRP:

> " 1. Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição.
>
> 2. Nenhum órgão de soberania, de região autónoma ou de poder local pode delegar os seus poderes noutros órgãos, a não ser nos casos e nos termos expressamente previstos na Constituição e na lei.".

c) Violação, consequente da anterior, do princípio da democracia representativa, devido ao facto de as entidades administrativas independentes, em tese, não responderem nem perante órgãos democraticamente eleitos (a Assembleia da República) nem perante órgãos naquela legitimados (o Governo), o que as tornaria virtualmente *irresponsabilizáveis* do ponto de vista político. Matéria a cuja análise mais desenvolvida voltaremos.

Mesmo perante a existência da permissão constitucional de adopção desta forma orgânica alguma *compatibilização*[760] terá de se fazer entre o artigo 267.º n.º 3 e a panóplia de outras disposições constitucionais que citámos[761].

De facto, a permissão[762] constitucional não se pode entender como irrestritamente legitimadora da criação de entidades administrativas independentes

---

[760] Entre as quais existirá uma *tensão dialética*. Cf.LUCAS, José Cardoso [2002:441].

[761] Existe ainda quem saliente que pode estar em causa o facto de a independência de actuação da Administração Pública face à gestão política dever ser assegurada para todas as entidades por igual e não apenas em casos excepcionais. Neste sentido V. VERSOS, Rodrigo Simeão [2000:20]: "... se se atribui independência por forma a conseguir a imparcialidade e a neutralidade destes entes, porque razão não se atribui igual independência a toda a Administração, na medida em que imparcialidade e neutralidade polípitica é o que se espera de toda a actuação administrativa.".

[762] Não nos oferece dificuldades a qualificação do artigo 267.º n.º 3 como uma norma constitucional permissiva. De facto, a mera interpretação literal da expressão "A lei **pode** criar entidades administrativas independentes" conduz a essa conclusão.
Tal qualificação tem, contudo, uma consequência cuja importância abaixo se clarificará e que se traduz na possibilidade de o Governo livremente optar por criar ou extinguir formas de administração independente, desde que a CRP expressamente não imponha essa independência o que só acontece, como já se referiu, no caso da AACS.
Neste sentido cf.o Acórdão n.º 505/96, proferido no Proc. nº 523/94 pela 1ª Secção do Tribunal Constitucional – disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudencia.htm - onde se diz:
*"A opção do legislador ordinário de extinguir o Conselho de Imprensa e de transferir parte das atribuições e competências desse órgão para uma autoridade administrativa independente não*

– ou, por maioria de razão, e no que ao nosso estudo mais directamente interessa – de Autoridades Administrativas Independentes.

De notar que a legitimidade para criar tais entidades cabe, no que à regulação económica concerne, ao Governo, a quem tais competências estariam cometidas se prosseguidas por meio de regulação tradicional.

Não se vê razão para defender o contrário quando se trate de regulação económica com recurso a Autoridades Administrativas Independentes[763].

Esta perspectiva obriga a entender a menção de lei feita na CRP em sentido material e já não formal, isto é, o artigo 267.º n.º 3 não pretende criar uma reserva legislativa a favor da Assembleia da República.

Em termos substanciais a CRP comete ao Estado, em matéria económica, um vasto elenco de responsabilidades (cfr. o disposto artigo 81.º).

De entre essas avultam, no que nos interessa mais proximamente, as seguintes alíneas da mencionada disposição:

---

*viola o texto constitucional, convindo recordar que o Conselho de Imprensa nunca chegou a ser constitucionalizado e que as suas atribuições e competências foram sempre previstas pela lei ordinária, mesmo depois da Constituição ter entrado em vigor (recorde-se a Lei nº 31/78, de 20 de Junho). Não se vê, pois, como da solução de extinção do Conselho de Imprensa (art. 27º, alíneas a) e b), da Lei nº 15/90), se havia de impor como fatalidade a impossibilidade de atribuição de parte das suas atribuições a uma autoridade administrativa independente, só porque estava previsto na Constituição esse órgão.".*

[763] Defendendo a legitimidade da Assembleia da República, numa perspectiva mais vasta que inclui as entidades administrativas independentes em geral, com enfoque nas relacionadas com a protecção de direitos, liberdades e garantias, V. LUCAS, José Cardoso [2002:450 e ss.].

a) *Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável;*

*b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal;*

*c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público;*

*f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;*

*j) Criar os instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento económico e social.*

Terá de ser à luz destas finalidades que se terá de validar a opção pela intervenção do Estado sob a forma de regulação económica e, dentro desta, através de uma autoridade administrativa independente[764]. As questões são, naturalmente, independentes também elas entre si.

De facto, especialmente no que se refere ao disposto na alínea f) a doutrina entende existir um critério normativo-operativo.

[764] SANCHES, José Luis Saldanha [2000:21]: "A regulação e a desregulação têm assim de ser consideradas como uma mera realidade instrumental: que podem colocar problemas constitucionais apenas se forem colocadas ao serviço de objectivos que colidam com princípios básicos que a Constituição contém para a relação entre o Estado e economia no sentido mais amplo deste termo.".

Em duas medidas distintas, aliás. Em primeiro lugar, porquanto condiciona a intervenção do Estado na Economia às situações em que este esteja em condições de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados e porque, se lida em conjunto com a alínea c), parte final, impõe que essa intervenção revista a forma mais eficiente possível.

Senão vejamos os três requisitos então avançados:

a) "O Estado só deve intervir quando o normal funcionamento do mercado não produza resultados satisfatórios.". Ou seja, quando exista um funcionamento do mercado que não seja, por si, eficiente. A que eficiência nos devemos ater, se a meramente produtiva se também a alocativa é questão diversa;

b) "A forma de intervenção do Estado só deverá ser a *regulação económica* na medida em que tal mecanismo apresente vantagens sobre os demais disponíveis". A tanto obriga a vinculação do Estado, ele próprio, a ser eficiente;

c) "A intervenção pública só deve ocorrer quando os custos da mesma sejam inferiores à perda de bem-estar social que pretendem colmatar". Aspecto este reforçado tanto pela mesma obrigação de eficiência como da obrigação do Estado de aumentar o bem-estar social (cfr. alínea a) do mesmo artigo). Só se da sua intervenção resultar um aumento de bem-estar pode o Estado dar por cumprido o preceito constitucional.

A CRP contém, portanto, como defendemos, não uma permissão ilimitada para a criação de entidades administrativas independentes mas sim uma faculdade vinculada à prossecução de determinados objectivos.

Na prática, e é forçoso reconhecê-lo, este tipo de decisões é mais frequentemente enquadrado na liberdade do Governo de organizar a administração pública como entender conveniente.

O que tem como consequência a possibilidade, quanto a algumas Autoridades Administrativas Independentes, de se questionar a legitimidade da sua criação face ao teste constitucional cujo *enunciado* esboçámos brevemente.

A independência destas entidades verifica-se em várias dimensões. Elas são, desde logo, independentes do sector económico cuja regulação lhes é confiada.

Neste primeiro momento, contudo, debruçamo-nos sobre a independência destas entidades perante o órgão executivo (em Portugal, o Governo).

Como já se viu, e tal problema é comum à maioria das ordens jurídicas existe dificuldade em estruturar a forma e alcance desta independência.

A independência deverá passar, desde logo, pelos seguintes aspectos[765]:

---

[765] V., para um maior desenvolvimento destas matérias, entre outros, MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas,* reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 127: "Designa-se por administração independente toda a administração infra-estadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à auto-administração de quaisquer interesses organizados. (...) O que caracteriza essas instâncias administrativas é fundamentalmente o seguinte: (a) independência "orgânica" dos seus titulares, mediante requisitos pessoais de designação, incompatibilidades, mandato fixo, inamovibilidade durante o mandato; (b) independência "funcional", traduzida na inexistência de ordens ou instruções ou sequer de directivas vinculantes, na ausência de controlo de mérito ou da obrigação de prestação de contas da orientação escolhida, o que se traduz numa certa esfera de "livre determinação" (Chevalier, 1986: parágrafo 21) ou "autodeterminação" (Malaret, 1982: 596); (c) independência face aos interesses

a) A independência orgânica;
b) A independência funcional;
c) A independência financeira.

Sobre as concretas formas de assegurar cada uma destas características colhem-se, na análise dos vários sistemas jurídicos, as mais variadas soluções.

Em sede de independência orgânica as soluções passam muito pelo estatuto do órgão dirigente da Autoridade.

Desde a nomeação, que pode envolver a legitimação por mais de um órgão[766], ou a vinculação legal à escolha de pessoa ou pessoas com determinadas competências técnicas (afastando o arbítrio).

Passando pelo estatuto no exercício do cargo, com certas ordens jurídicas a personalizarem matérias que abaixo se abordarão por referência à independência funcional.

E terminando, traço mais comum de todos, com a imposição de regras quanto à destituição dos órgãos (e, por vezes, individualmente dos seus titulares). Possibilidade que deixa de ser arbitrária ou de poder ter fundamento em motivos políticos para passar a ter de ser objectivamente fundada.

---

envolvidos na sua actividade, traduzida na ausência do título representativo na designação dos membros dirigentes e na escolha de personalidade "independentes", pois mesmo quando na sua composição entram membros das actividades administradas, eles não são nomeados enquanto tais mas sim enquanto especialistas.".

[766] Cf.o caso Americano em que, sob proposta do Presidente (que detém o poder executivo) o Senado confirma no cargo determinados altos responsáveis cuja independência se quer ver assegurada.

Esta independência orgânica traduz-se, ainda, na maioria das ordens jurídicas, pela criação de mandatos com duração superior à do ciclo eleitoral, muitas vezes sem possibilidade de renovação.

Do ponto de vista da autonomia funcional a estas entidades é garantido, em regra, um espaço próprio de tomada de decisão, sem que exista forma de a condicionar. Nos sistemas administrativos continentais tal significa retERSAR o poder de tutela ou superintendência destas entidades ao poder executivo.

O controlo da legalidade e do mérito dessas decisões fica, então, cometido apenas, e em regra, ao poder judicial.

Com certos cambiantes, o Governo apenas poderá condicionar as Autoridades Administrativas Independentes por via do exercício do poder legislativo (que, como se verá, funciona também como *limite*) ou, em certas ordens jurídicas, pela definição das grandes linhas de política económica por parte dos órgãos competentes.

Em qualquer dos casos a tomada de decisão concreta não pode sofrer qualquer condicionamento.

Por fim, e pragmaticamente, existe uma preocupação generalizada em não fazer depender estas entidades da decisão de financiamento do poder executivo.

Tal parece uma preocupação legítima. Afinal, a independência orgânica e funcional de pouco serviriam se o poder executivo pudesse condicionar a

quantidade de meios afectos à prossecução das finalidades da Autoridade Administrativa Independente.

De facto, seria fácil ao poder executivo condicionar a agência na sua tomada de decisão em concreto (premiando ou punindo o alinhamento da mesma com os desejos políticos) ou mesmo em geral, pela asfixia financeira da mesma, nomeadamente na sequência de pressões das empresas reguladas.

Tal tem vindo a ser feito quer pela consignação, em lei, de determinado nível de transferências a favor destas entidades por parte do poder executivo quer, muitas vezes, pela previsão legal de que estas cobrem as suas próprias receitas. As mais das vezes, conceito que gera as suas dificuldades, por imposição de taxas ou outros tributos às empresas do sector regulado.

Assegurada que esteja a independência destas entidades (assunto a que voltaremos) colocam-se, normalmente, dois tipos de questões.

Uma delas, funcionalmente dependente desta independência, quanto à eventual violação do princípio democrático (ou da democracia representativa); a outra, independente desta característica que, atendendo às competências atribuídas, na generalidade dos países, a estas entidades, põem em causa se as mesmas não violarão o princípio quase universal da separação de poderes.

A independência deste tipo de entidades face aos demais órgãos do Estado associada à sua genérica falta de enquadramento constitucional *atenua*, para dizer o menos, a efectividade dos normais mecanismos de tomada de decisão democrática.

Fruto da sua independência do poder executivo, salvo quanto ao acto de nomeação (e mesmo nesse momento, atenuada em certos casos pela participação de outros poderes, como o legislativo) as Autoridades Administrativas Independentes são dirigidas por pessoas que não são eleitas. Isto é, que não possuem legitimidade democrática directa.

Este facto em si mesmo raramente é decisivo. Existem inúmeros titulares de poderes de decisão nomeados pelo poder executivo que não estão pessoalmente legitimados.

Simplesmente, entre esses titulares e o poder executivo existe, em regra, uma dependência de tipo quase hierárquico. Respondendo este pela conduta daqueles. O que não se passa, como vimos, com os órgãos dirigentes das Autoridades Administrativas Independentes.

Veja-se o caso português, em que a normal relação de controlo da actuação dos órgãos da administração pelo Governo e, consequentemente, o controlo político indirecto da Assembleia da República está ausente[767].

Ora a existência de um centro de poder (ao qual alguns chamam mesmo um *quarto poder*, a par do legislativo, do executivo e do judicial, e absorvendo

---

[767] Cf. CALVETE, Victor, "Entidades Administrativas independentes: smoke & mirrors", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 2, -Números 7-8, Almedina, Lisboa, 2012 coloca a questão nos seus termos essenciais (cf.pp. 104): "a arquitectura regulatória do Estado é uma questão de poder", para mais adiante (p.107) acrescentar que "em vez de se formular tal opção como um paradoxo de poder (…) a opção pelo regulador faz-se corresponder a uma (alegada, mas já muito desacreditada) *preferência pela eficiência* – normalmente silenciando que tal opção se faz em detrimento da legitimidade democrática.".

competências dos três) sem legitimação democrática só poderia ser atenuado pela existência de um controlo da sua actuação por órgãos dotados da mesma.

Os reguladores tendem a contornar este défice de legitimidade adoptando regras procedimentais[768] para as suas tomadas de decisão que envolvem processos públicos[769] e transparentes, normalmente participados, para que as suas decisões não surjam como actos perfeitamente unilaterais. Não perdem, contudo, por essa razão, tal natureza[770].

É ainda comum que existam compromissos quanto à interpretação a fazer das regras em situações futuras, transmitindo uma mensagem de estabilidade e previsibilidade aos mercados[771].

A independência destas entidades se atenua o controlo político (pelo menos quando o mesmo não seja exercido por órgão que não o Governo, como

---

[768] V. SALEMBIER, J. Paul, *Designing regulatory systems: a template for regulatory rule-making*, "Statute law review", Oxford, 2003, p. 9: "These rules or meta-rules (rules about rules) constitute the regulatory process.".

[769] Cf.SALEMBIER, J. Paul [2003:11]: "It is somewhat self-evident that participants must have notice of regulatory rules if they are to comply with them, and it is therefore not surprising that a rule of law criterion for effectiveness is that rules be publicized or otherwise made known to those they are to govern.".

[770] Cf. AUTIN, Jean-Luis [1998 :1221]: "Les analyses doctrinales développés à propos des nouvelles autorités s'insccrivent dans une perspective où les normes du droit, de la loi et de la légitimité s'opposent radicalement à l'esprit de morale, d'équité et de justice.".

[771] Cf. SALEMBIER, J. Paul [2003:11]: "An effective and transparent regulatory system must spell out the instruments to which it will apply and the criteria to which they are to conform in sufficient detail to provide legal certainly.".

seja o poder legislativo[772]) não as dispensa de prestarem contas públicas da sua actividade, nem isenta a sua actuação do controlo pelos tribunais[773].

Estes são dois aspectos muito importantes, porquanto recolocam estas entidades dentro de, pelo menos, uma parte do sistema de *checks and balances*[774] que vem associado ao princípio democrático[775].

---

[772] V. BENEDETTO, Maria de, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato – organizzazione, poteri, finzioni*, Il Mulino, Bolonha, 2000, p. 285: "...una riflessione intorno ai profili tipici della autorità ammistrative independenti in genere, e più in articolare si sia svolto un tentativo di dfinire la natura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, allo scopo di inquadrarne le comunicazioni dirette al Parlamento all'interno degli istituti procedurali più idonei alla loro trattazione.".

[773] SOUTO, Marcos Juruena Villela [2002:377]: "A eventual "independência" do regulador ou da função não afasta a incidência do controle mas, apenas, a pressão política sobre os juízos técnicos de ponderação emitidos pelo regulador, equidistante dos interesses envolvidos.". Sobre o âmbito desse controlo Cf. ISRAEL, Jean-Jacques, Contentieux administratif et contentieux de la concurrence, "Mélanges René Chapus: droit administratif", Comité de Patronage Marceau Long, Paris, 1992, p. 326: "Le juge adminstratif arbitre particulièrement une série de questions relevant du contentieux économique et de l'interventionnisme économique de la puissance publique, nationale ou locale."
Por referência ao caso Espanhol do Banco Central V. SANCHES, Luis Alberto Pomed, *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 19: "En el bien entendido de que no puede escapar el Banco de España en sus actuaciones a la fiscalización de los órganos integrantes del Poder Judicial, titulares en exclusiva de la potestad jurisdiccional, de decir el Derecho en último lugar, asegurando la paz jurídica. Su condición de Poder Público, mas concretamnet de Administración Pública, obliga a ello."

[774] SWIFT, John [1999:173]: "The "judge at your shoulder" is a permanent and valuable discipline which, in its application to the whole decision-making process enhances the legitimacy of the allegedly "non accountable" regulators.".~

[775] BOYFIELD, Keith *The Politics of Regulation*, European Policy Forum, Londres, 1994, p.4, fala mesmo em "lack of an adequate system of checks and balances within the UK regulatory regime".

Pese embora o exposto existem vários autores que duvidam da capacidade dos tribunais para exercerem um efectivo controlo sobre as decisões, eminentemente técnicas, das Autoridades Administrativas Independentes[776].

Embora se não negue que a responsabilização das Autoridades Administrativas Independentes se terá de fazer por aquela via[777] reconhece-se que os tribunais têm dificuldade em pôr em causa o juízo técnico do regulador, circunscrevendo-se, as mais das vezes, a um controlo procedimental da actuação destas entidades.

---

[776] V. TUOT, Thierry, *Régulation du marché de l'élctricité: une année de règlement de différends*, "Revue française de droit administratif", Paris, 2003, p. 317 que, sobre a experiência nos tribunais franceses informa : « Une seule décision (RATP) a été constestée devant la Cour d'appel de Paris, qui a rendu sont arrêt, avec une remarquable célérité, le 10 décembre 2002. Il ne présente aucune particularité notable, s'inscrivant dans la lignée de la jurisprudence de la cour élaborée à propos des décisions de l'Autorité de régulation des télecomunications ou du Conseil de la concurrence."
De facto, como explica BOYFIELD, Keith [1994:45] "judicial review has not provided a sufficient safeguard (…) judges are reluctant to put themselves in the place of regulators, lacking specialist knowledge of the economic issues involved.".
No mesmo sentido se pronuncia BREYER, Stephen G. e Richard B. Stewart [1992: 197] **"**When a court review the lawfulness of a particular agency decision, to what extend should it "respect", "defer", or give "weight" (perhaps controlling weight) to the agency's judgement? This central question of a administrative law concerns the proper relation of the courts to the administrative agencies.".
Em sentido ainda mais céptico WHITE, Stewart et al. [1996:160] conclui mesmo: "Too often the law in the members states does not assist or is too uncertain to assist persons who are aggrieved by administrative acts.".
Defendendo que os tribunais não devem, efectivamente, prounciar-se sobre as decisões técnicas cf.Cf.SOUTO, Marcos Juruena Villela [2002:371]: "Vale, no entanto, invocar o princípio da Separação de Poderes para evitar a interferência jurisdicional sobre a valoração técnica e ponderação inerentes à regulação de setores da economia.".

[777] Cf. DIAS, Eduardo Rocha, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente a regulação administrativa da economia – relatório de doutorado*, Policopiado FDL, 2001 (b), p. 81: "A compreensão da regulação como atividade administrativa, e a sua identificação, ao menos em parte, com funções tradicionais do poder público, como assegurar o fornecimento de prestações, evitar riscos para a sociedade e orientar e conformar sectores econômicos, permite situar o problema da responsabilidade por referida atuação nos esquemas teóricos e dogmáticos tradicionais do dever de indenizar dos poderes públicos por atos e omissões ilícitos.".

Em matéria de responsabilidade civil das agências reguladoras[778] existem ainda poucos consensos[779] e ainda menores certezas quanto ao exacto âmbito da mesma.[780]

Já quanto à responsabilização política terá a mesma de ser cometida ao órgão que detenha essa competência para o poder executivo, em regra o poder legislativo (em Portugal, seria à Assembleia da República[781]).

Parece ir neste sentido a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, Lei -quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos setores privado, público e cooperativo ao prever uma espécie de audição prévia da Assembleia nestas nomeações. Veremos como, na dinâmica de aplicação desta nova regra, se posiciona a Assembleia da República.

---

[778] Para uma definição do âmbito da responsabilidade civil dos reguladores V. WILLEMAN, Flávio de Araújo, *Responsabilidade civil das agências reguladoras*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, em especial pp. 258: "conclui-se que o seu dever de indemnizar poderá surgir do exercício de suas três funções principais, isto é, em consequência de actos regulatórios que exprimam as funções executiva, normativa e judicante.".

[779] Cfr. GONÇALVES, PEDRO, "Direito administrativo da regulação" *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

[780] Para uma definição do âmbito da responsabilidade civil dos reguladores V. WILLEMAN, Flávio de Araújo, *Responsabilidade civil das agências reguladoras*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, em especial pp. 258: "conclui-se que o seu dever de indemnizar poderá surgir do exercício de suas três funções principais, isto é, em consequência de actos regulatórios que exprimam as funções executiva, normativa e judicante.".

[781] O princípio já vai sendo discretamente afirmado, ao prever-se o envio de relatórios anuais de algumas entidades reguladoras à Assembleia da República e, bem assim, ao prever-se que aquela possa chamar o dirigente máximo para, em comissão especializada, prestar esclarecimentos.

A independência das agências em relação ao poder político gera ainda uma série de questões relativas ao comprotamento potencialmente desviante da Autoridade Administrativa Independente face aos interesses do Estado, potenciado pela limitada capacidade deste em observar o comportamento daquelas[782].

As Autoridades Administrativas Independentes, fruto da sua autonomia face aos demais poderes concentram, muitas vezes, em si, múltiplas competências.

Inclusivamente, e é essa a perspectiva que agora nos interessa, funções e poderes que surgem normalmente distribuídos por entidades diferentes.

Os autores que questionam uma eventual violação do princípio constitucional da separação de poderes[783] (princípio que está presente na generalidade das ordens jurídicas) referem o facto de estas entidades[784]

---

[782] Referimo-nos, naturalmente, aos chamados problemas de "relação de agência". Cf. ROSS, Stephen A., "The economic theory of agency: the principal's problem", *American Economic Review,* vol. 63, n.º 2, 1973, republicado *in The principal agent modal: The economic theory of incentives*, (eds. Jean-Jackes Laffont), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 162, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003, p. 134: "We will say that an agency relationship has arisen between two (or more) parties when one, designated as the agent, acts for, on behalf of, or a representative for the other, designated the principal, in a particular domain of decision problems."

[783] Cf. BREYER, Stephen G. e Richard B. Stewart, *Administrative law and regulatory policy: problems, text and cases*, 3.ª edição, Little, Brown and Company, Londres, 1992, p. 33: "It has been a fundamental element of separation of powers doctrine as developed by Locke and Montesquieu and refined by Madison that governmental intrusions on private liberty be authorized by general rules formulated by a politically responsible group of official separate from the officials responsible for executing the rules.".

[784] Cf. BREYER, Stephen G. et. al [1992:34]: "These traditional principles and practices have been threatened by the creation of administrative agencies that combine lawmaking, adjudicative, and executive functions. (…) Responsibility for resolving disputes between private parties has been shifted from courts to agencies.".

acumularem competências de tipo legislativo, administrativo, judicial, e até mesmo de polícia.

Na maioria das ordens jurídicas[785] não existe estatuto constitucional que permita enquadrar a actividade destas entidades[786], não existindo uma tradição de considerar que a separação de poderes pode, ela própria, sob um novo paradigma, ser atingida pela retirada de poderes em determinadas áreas aos órgãos tradicionais e a sua agregação em novas entidades[787].

Em sentido oposto existem muitos que não vêem neste acumular de competências qualquer violação do princípio da separação de poderes. E fazem-no com argumentos persuasivos.

Em primeiro lugar e quanto ao suposto poder legislativo pode dizer-se que se trata de uma delegação de poderes feita, em regra, pelo órgão normalmente competente para o efeito (em Portugal, o Governo, cfr. artigo 199.º n.º 1 alínea c) da CRP).[788]

---

785 Ao contrário, como se viu, da portuguesa. Simplesmente, aqui, a norma constitucional não é relevante porquanto nada prevê quanto às competências a cometer a estas entidades.

786 Cf. BREYER, Stephen G. et. al [1992:139]: “The amalgam that is the administrative agency enjoys no constitutional status, nor does it enjoy the modes of validation that invest the three traditional branches.”.

787 Cf. GRAHAM, Cosmo [2000:45]: “In constitutional terms, this can be seen as a new separation of powers but its rationale, unlike the old separation of powers doctrine, is not to provide protection against tirany, but to ensure the most effective and efficient working of the government.”.

788 Não por acaso os detractores desta possibilidade face ao direito norte-americano deram à sua posição o nome de “non-delegation doctrine”.

De facto, o poder de emitir regras das Autoridades Administrativas Independentes não se afasta do poder de emissão de regulamentos por outras entidades administrativas[789]. Sujeito, sempre, ao respeito pela lei.

E, portanto, não viola o princípio da separação de poderes[790].

No demais, as funções em causa são recondutíveis ainda a formas de administração. Assim, por exemplo, o poder de aplicar sanções está sujeito a recurso jurisdicional[791].

E o poder de praticar outros actos administrativos (*v.g.*, a emissão de licenças) também.

---

[789] Cf. DUTRA, Pedro [2003:97] "Não pode o órgão administrativo concorrer com o poder legislativo, em mesmo plano; mesmo sendo outorgado àquele poder normativo, tais normas são secundárias àquelas legais, e não apenas no plano formal, senão quanto ao seu conteúdo. As normas regulamentares , infralegais, devem exibir uma incídivel relação de secundariedade, de forma e conteúdo, em relação à norma legal; rompida pela forma regulamenta extravasa ora esta relação, têm-se afectada a ordem democrática de representação dos interesses do cidadão.".

[790] Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela [2001:440]: "Não há, pois, qualquer violação ao princípio da legalidade, eis que as agências reguladoras têm a sua função e competência definidas na lei, nada podendo exigir além dos limites que são por ela autorizados.".

[791] Cf. TUOT, Thierry, "Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autotités administratives indépendantes?: les organismes de régulation économique", *Droit Administratif . L' actualité juridique*, Paris, 2001, p. 135: "Cet enlisement résulterait, d'autre part, de l'interférence croissante du juge qui, très naturellement, contrôle le pouvoir de sanction. L'élargissement des pouvoirs d' urgence et de référé fait qu'au sein d'une même procédure d'enquête, de mise en demeure pis de sanction, les interventions à chaque étape du juge, de première instance, puis d'appel, puis de cassation et à nouveau d'appel, rendent extrêmement lourd et lent le maniement du pouvoir de sanction. ".
Cf. ainda MAÇÃS, Maria Fernanda, Luis Guilherme Catarino, Joaquim Pedro Cardoso da Costa, "O Contencioso das decisões das entidades reguladoras do sector económico-financeiro", *Estudos de Regulação pública I*, (org. Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra, 2010 e LUBEN, Ivan, "Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécomunications", Droit Administratif - L' actualité juridique, Paris, 2001.

A totalidade das Autoridades Administrativas Independentes nacionais são pessoas de direito público, dotadas de autonomia administrativa e financeira e de património próprio.

Tratam-se, portanto, de Institutos públicos, integrando a *Administração Pública Indirecta* e, dentro desta, a subespécie da Administração Independente[792]. Critério que nos parece mais adequado do que a defesa de que a Administração Independente se afirma autonomamente, no mesmo plano da Administração Directa e da Administração Indirecta.

Não restam dúvidas de que estas entidades são, desde logo, autoridades administrativas, ou seja, integram a Administração Pública[793]. Pelo menos no direito português.

O que tem com consequência a sua subordinação à Constituição e à lei devendo actuar, no exercício das suas competências, com observância dos princípios constitucionais que limitam a actividade administrativa (cfr. o artigo 266º, n.º 2 da CRP), desde logo os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

---

[792] Para algumas das entidades com funções de regulação económica, já que algumas existem que não reúnem ainda caracteres de independência. Caso da chamada "primeira geração" dos reguladores nacionais, que incluía a ERSE, na sua formulação original e, bem assim , o ICP-ANACOM, e que ainda inclui, por exemplo, o INTF e o INAC.

[793] No direito venezuelano o regime é semelhante. Cf. RANDOLPH, Allan e Brewer Carias, *El control de as actividades economicas del Estado en el derecho venezolano*, Contraloría General de la Republica, 1969, p. 141: "Los Institutos Autónomos son órganos que pertenecen a la propia Administración, desvinculados de su estructura jerárquica, regidos por el Derecho Público, a los cuales, por motivos técnicos, se transfieren un conjunto de actividades inherentes a la administración; si que se pueda explicar su origen por la necesidad o conveniencia de sustraer tales actividades al control fiscal, pues éste no es incompatible con el concepto de autonomía.".

E, consequentemente, ao Código de Procedimento Administrativo e aos princípios gerais ou fundamentais do direito administrativo nele contidos[794].

O princípio da legalidade é particularmente importante: não só determina que as Autoridades Administrativas Independentes têm de cumprir a lei (que aqui funciona como limite de actuação) como exige que todas as suas actuações se baseiem em lei prévia (funcionando como elemento legitimador da actividade).

À luz do direito nacional a questão já analisada da eventual violação do princípio da separação de poderes não se coloca com a acuidade ali expressa.

De facto, enquanto entidades administrativas, as Autoridades Administrativas Independentes só podem ser investidas de funções e de poderes de natureza administrativa.

Assim sendo os seus poderes em matéria de criação de regras, resolução de litígios ou aplicação de sanções têm de ser ainda recondutíveis ao exercício da normal actividade administrativa ou resultarem de instrumentos de direito privado quanto a algumas formas de composição de litígios.

E, de facto, assim é. Quanto ao poder normativo ele não se afasta do normalmente reconhecido a outros entes da Administração Pública. Trata-se do poder de emitir normas complementares, de execução, na sequência de lei expressamente habilitante para o efeito.

---

[794] Bem como, o que contribui para a sua burocratização, aos regimes financeiro e de tesouraria do Estado, à disciplina orçamental, às regras sobre contratação pública, entre outras.

A única dificuldade neste campo prende-se com os chamados regulamentos independentes, que quer a ERSE quer o ICP-ANACOM são autorizados a emitir pelas respectivas disposições estatutárias[795].

Pese embora a diversidade de soluções (podendo mesmo dizer-se que a cada Autoridade Administrativa Independente corresponde um modelo próprio, ou melhor, correspondia, uma vez que esta situação deverá ser atenuada pela já mencionada Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, Lei -quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos setores privado, público e cooperativo) a autonomia destas entidades face ao Governo é assegurada pelo recurso às já referidas independências funcional, orgânica e financeira.

O objectivo é evitar que o regulador, à semelhança do que acontece com as empresas públicas, seja instrumentalizado pelo poder político.

Por isso é necessário que detenha autonomia financeira e de gestão e, acima de tudo, que a nomeação dos seus dirigentes seja relativamente estável, não dependendo a manutenção do cargo de vontade política.

Nestes casos serão também de aconselhar mandatos relativamente longos e não coincidentes com o ciclo político e a não renovação dos mesmos.

Por fim, mercê da sua sujeição às regras administrativas, os reguladores têm vindo a ser criticados por aderirem à burocracia[796] reinante nos demais

---

[795] V. *supra*, nota 557.

serviços do Estado o que os torna menos ágeis e, portanto, parceiros menos efectivos no mercado[797]. Especialmente quando estão em causa mercados cuja evolução é particularmente rápida[798].

Depois da análise já feita da regulação, em que se tentou dar algumas pistas sobre a melhor forma de regulação e o tipo de instrumentos disponíveis, bem como dos arranjos institucionais mais convenientes, no que se pode qualificar como uma análise positiva (no sentido de *estática*) da regulação económica cumpre avançar com uma visão mais dinâmica (*normativa*) do fenómeno.

Pese embora não nos tenhamos coibido de ir expressando opiniões e apontando insuficiências e dificuldades várias cumpre, neste passo, dar atenção à

---

[796] BAUMOL, William J. e Alan S. Blinder [2000:414]: "one obvious source inefficiency is the endless paperwork and complex legal proceedings that prevent a firm from responding quickly to changing market conditions".
Uma explicação possível para a sistemática burocratização dos serviços públicos é avançada por STIGLITZ, Joseph E. [1986:208] "A bureaucrat can absolve himself of responsibility for mistakes by following certain bureaucratic procedures that ensure that all of his actions are reviewed by others. Although this process of group decision making also reduces the claims the individual can make for any success, the bureaucrats seem willing to make this trade-off. We say they are risk-averse. This is what gives rise, in part, to the nature of bureaucracies: everything must pass through the appropriate cannels (red tape).".

[797] V. EBERLEIN, Burkard, "To Regulate or not to regulate electricity: explaining the German sonderweg in the EU context", *Journal of Network Industries*, n.º 2, Kluwer Law International, Holanda, (2001), p. 382, "On the one hand, the European model (ex-ante regulation by a sectoral regulator) is enounced, by both industry and government, as bureaucratic, slow and inflexible, and it is contrasted with presentation of the German system as 'market-based coordination' in which market participants avoid the burden of public intervention by successful self-regulation.".

[798] V.g., o caso da Internet. Neste sentido se pronuncia GRAHAM, J. H. Smith, *Internet Law and Regulation*, 3.ª edição, Sweet & Maxwell, London, 2002, p. 402: "The rapid speed at which the Internet has evolved has demonstrated that established regulations and producers appear outmoded and in some cases inappropriate.".

necessidade de identificar e analisar o comportamento da agência reguladora, dos agentes económicos e dos agentes políticos nas suas múltiplas interacções[799][800].

Trata-se, dizendo de outra forma, de contrapor o *dever ser* ao que *é*.

Por exemplo a prática, pouco salutar, de submeter a regulação sectorial específica mercados a jusante ou a montante (quando não apenas conexos) a mercados cuja regulação se defendeu.

É o caso, entre outros, em Portugal, do mercado de produção de electricidade ou do mercado de licenças de rádio. Se no primeiro caso ainda se pode descortinar alguma justificação, ainda assim limitada no tempo, para intervenção, já nos demais casos a opção parece não se justificar, salvo por critérios políticos.

Quando, como é natural, a regulação é pouco eficiente nessas situações para as quais não está vocacionada não falta quem, desde logo, venha falar de falhas de regulação.

[799] Os perigos para a independência da entidade reguladora podem vir tanto do Governo como do sector regulado. Cf. PEREIRA, José Nunes [2001:13]: "Um dos grandes desafios que se colocam às entidades supervisoras é o de não se deixarem influenciar indevidamente ou capturar pelos interesses profissionais, empresariais ou outros, que em cada caso se disputam, e bem assim o de não se deixarem submeter ou caírem na tentação de quererem agradar aos interesses do Governo em prejuízo dos interesses dos investidores e da equilibrada e eficiente supervisão do mercado que o legislador lhes confiou.".

[800] PIRES, Francisco Lucas [2000:236] é mesmo algo pessimista, concluindo que "os problemas ainda são maiores do que as soluções".

Em bom rigor, tratam-se, antes, de falhas de intervenção do Estado, em sentido lato, que escolheu uma forma desapropriada de intervenção junto de determinados sectores de actividade, e não tanto – embora as haja – de falhas do modelo regulatório em si mesmo[801].

E não falta, na doutrina, citações de situações de falhas de regulação que melhor correspondem a esta última categoria.

O potencial de fracasso da regulação foi, numa fase inicial, subestimado. Em consequência observaram-se situações em que a regulação foi incapaz de exercer pressão efectiva sobre monopólios naturais ou mesmo situações particularmente desvirtuadas em que a introdução de regulação em um dado mercado se traduziu na criação de barreiras à entrada, na diminuição da produção e no aumento dos preços.

Para os fracassos da regulação contribuiu muito uma insensibilidade inicial ao contexto em que a regulação seria exercida e à forma e grau de organização dos seus interlocutores.

Julga-se que estas são duas vertentes de análise complementares. Uma coisa são os fracassos substantivos da regulação; outra, bem diferente, os fracassos institucionais da regulação[802].

---

[801] CLARKE, Michael [2000:231] "One of greatest difficulties that states have with regulation, therefore (…) is achieving a balance public understanding of what regulation can offer.".

[802] Seguimos a dicotomía identificada por ARIÑO, Gaspar, [1993:271]: "Este fenómeno – el fracaso y los límites de la regulación – tiene en realidad dos vertientes: una sustantiva, en la que se denuncian los afectos perversos que sobre los sectores afectados – y sobre los ciudadanos a quines se supone tenía que proteger – han tenido los modelos clássicos de regulación. (...) La segunda vertiente es orgánica, institucional, y afecta al buen o mal funcionamiento en los Estados Unidos del aparato regulador, en concreto de las Comisiones Reguladoras Independientes.".

E, fomos levados a concluir no decurso da nossa investigação, faz sentido isolar uma terceira categoria de fracassos, que designámos de comportamentais.

**A – Fracassos Substantivos**

A decisão de impor num dado sector um modelo de regulação económica pressupõe, recorde-se: que esteja identificada uma falha de mercado cuja correcção se imponha; que essa correcção não seja possível no âmbito do mercado; que ao Estado seja possível colmatar essa falha de mercado; que se opte, de entre as ferramentas ao dispor do Estado, pela mais apropriada. E, por fim, que se tenha concluído que tal correspondia à regulação económica.

O fracasso ocorre muitas vezes por má avaliação do próprio decisor político das alternativas em presença.

Deve ter-se em atenção, na avaliação da real existência de uma falha de mercado como nos momentos posteriores, que são muitas vezes os próprios mercados que procuram a regulação, como forma de provocarem a criação administrativa de barreiras à entrada, de mecanismos de fixação ou limitação de preços, de imposição de requisitos técnicos exagerados, entre outros.

Para o efeito os privados constroem, muitas vezes, cenários[803] dos quais resulta a propriedade da intervenção do Estado. Com argumentos amiúdes vezes

[803] Com as devidas diferenças atente-se no exemplo em torno da velha questão liberalismo/intervencionismo dado por GEORGE, Henry [1912:26]: "El estímulo de sus intereses les infunde actividad para divulgar sus pontos de vista, y disponiendo de muchos recursos - porque las industrias protegidas son aquéllas en que están comprometidos grandes capitales – y estando dispuestos cuando se presente la ocasión é emplear dinero, como un aspecto del negocio, en la

baseados em supostas questões de segurança dos consumidores, ou do público em geral, ou em supostos danos a estes causados por um "excesso de concorrência" no mercado em causa[804].

A tomada de decisão sem consciência deste facto e sem uma análise crítica das razões apresentadas é facilmente manipulável.

Como regra, poder-se-á dizer que, se um dado mercado solicita a existência de regulação económica (ou, mais latamente, de intervenção do Estado) tal deve ser visto como uma presunção – naturalmente ilidível – de que tal intervenção não é necessária e se destina apenas a favorecer as empresas presentes no mercado regulado com prejuízo dos seus clientes.

De igual modo se, perante uma decisão oficiosa de introdução de regulação económica, existir do mercado uma reacção positiva tal é sinal suficiente de que é necessário rever a decisão, de forma a verificar se a mesma se justifica efectivamente.

---

propaganda de sus doctrinas, ejercen una grande influencia sobre los órganos de la opinión pública. El librecambio, por el contrario, no ofrece especial ventaja á ningún interés particular, y en el presente estudio de la moralidad social, los beneficios ó los perjuicios que los hombres experimentan juntamente con sus compañeros no se sienten con tanta intensidad como aquellos que les afectan personalmente.".

[804] V.g. a situação escrita por MORAN, Michael e Bruce Wood, *States, Regulation, and the Medical Profession*, Open University Press, Buckingham, 1993, p. 35: "Licensing was sought by doctors because it could be used to reduce supply and thereby lessen competition and enhance income. Not that this was the line of argument they adopted – rather, the need to protect the public from bad doctors was stressed.".
De facto, o efeito pretendido foi atingido porquanto "… the advent of a medical register after the 1858 Act weeded out two-thirds of those claiming the status of doctor." (MORAN, Michael e Bruce Wood [1993:100]).

Numa perspectiva tornada muito popular é ainda possível equacionar situações em que o decisor político é já não a "vítima" mas sim "o co-autor" (ou, com mais rigor, o autor material) da imposição de regulação económica em situações em que a mesma não se justifica.

Haverá aí uma captura a nível do poder político que determina a própria decisão de regular, que é tomada já enviesada pelos interesses particulares[805].

De facto, é por muitos autores assinalada a existência de um *market for regulation*[806], no qual os privados surgem como compradores de regulação e,

---

[805] A tese foi desenvolvida por STIGLER, George J., *The Citizen and the State – Essays on Regulation*, The University of Chicago Press, Chicago, 1975, p. 114, que afirmou: "«Regulation may be actively sought by an industry, or it may be thrust upon it. A central thesis of this paper is that, as a rule, regulation is acquired the industry and is designed and operated primarily for its benefits.".
A posição, como o próprio refere, com notável senso de humor, era muito minoritária. Cf.*idem, ibidem*, p. 167: "Public regulation is relatively uncontroversial in an ideological sense: there are only a few people who go to the extremes which surround current policy. A few people, indeed, believe that almost all regulation is bad, and by a singular coincidence a significant fraction of the academic part of this group resides within a radius of one mile of my university.".
O mesmo autor tinha já dado indicações no mesmo sentido em 1971. Cf.Stigler, George J.**,** *The theory of economic regulation*, "Bell Journal of Economics and Management Science", vol. 2, 1971 republicado *in The Foundations of Regulatory Economics,* vol.II, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998.
Em bom rigor, já na década de 20 SALAZAR, António de Oliveira[1927:362] intuía esta perspectiva ao afirmar: "Quando o Estado, intervindo num dado sentido, determina uma utilidade social, ou assegura uma vantagem à grande maioria da população, a sua ingerência é legítima. Quando, pelo contrário, a intervenção do estado produz um dano social ou prejudica a grande maioria dos cidadãos, garantindo simplesmente um privilégio a poucos, então a acção do Estado é essencialmente condenável.".
Cf.ainda SUSTEIN, Cass R., "The functions of regulatory statutes", *Regulation, Economics and the law*, edição de Anthony I. Ogus, The International Library of Critical Writing in Economics, 2001, p. 25: "Many statutes result from efforts by self-interested private groups to redistribute wealth in their favor. (…) Above all, groups that are able to organize at minimal cost can exert disproportionate influence on legislators. Relatively diffuse and unorganized groups are frequently unable to counteract their power.".

concomitantemente, os políticos como vendedores dessa mesma regulação[807]. De uma regulação que lhes seja favorável, naturalmente.

Há mesmo quem defenda que é esta a razão determinante da maior parte das decisões de imposição de regulação[808].

Trata-se da *captura genética* (porque na origem) da regulação. Em qualquer das situações o potencial de fracasso é elevado, porquanto a regulação nasce, por assim dizer, *torta* e será difícil que se *endireite*.

A forma de contrariar este tipo de problemas não é unívoca.

Em primeiro lugar, a consciência colectiva da realidade é essencial. Só a consciência de que existe um potencial problema é já uma vantagem.

---

[806] A expressão pode ter conteúdo diverso, nomeadamente no contexto do estudo da regulação internacional, de que abdicámos. Cf. TRACHTMAN, Joel P., "Regulatory competition and regulatory jurisdiction", *Journal of international economic law*, Oxford, 2000, p. 331: "The market for regulation involves competition among states, and may be regulated by supra-state law, including international law generated by international institutions, such au the WTO or the EU.".

[807] Cf. MCCHESNEY, Fred S., Money for nothing – Politicians, rent extraction and political extortion, Harvard University Press, Harvard, 1997, p. 9: "If expected political rents net of the costs of organizing and procuring favorable regulation are positive, than producers will demand regulation. If payments sufficient to compensate politicians for the costs of creating regulations are forthcoming, they will supply it.".
Curiosamente, se os privados não tentarem comprar a regulação porque a mesma não lhes interessa os políticos venderão a não instituição da regulação. Cf. MCCHESNEY, Fred S. [1997:29]: "In fact politicians practice rent extraction routinely. "Milker bills" is one term used by politicians to describe legislative proposals intended only to "milk" private producers for payments not to pass the rent-extracting legislation."

[808] PELTZMAN, Sam [1998:2]: "One strand in the theory is that the producers' interest in restricting competition dominates the political system. But deregulation was sweeping aside many long-standing legal barriers to competition even as the ink was drying on the theory. Doesn't deregulation then decisively falsify the theory?"

Em segundo lugar, o Estado deve estar ciente de que é manipulável e precaver-se contra esse tipo de fragilidade.

Por fim, os eleitores deverão estar vigilantes quanto à conduta daqueles que elegem e, especialmente, quanto aos desvios que se verifiquem à defesa do interesse público[809].

Ainda que a decisão de intervir seja legítima, isto é, motivada pelo interesse público[810], na presença de uma verdadeira falha de mercado[811], é muito fácil que a opção pela regulação económica seja preferida ou preterida com base em considerações que deveriam estar afastadas do processo.

Desde logo, a imposição de regulação económica parece sustentada, recentemente, mais na ideia de que a regulação é panaceia universal do que em dados objectivos[812].

---

[809] A possibilidade de compra de regulação entronca na questão mais vasta da corrupção da classe política. Não nos é possível, nesta sede, um estudo aprofundado da questão. Somente se dirá que certas medidas defendidas a propósito desta última, como sejam o financiamento exclusivamente público das actividades partidárias, a obrigatoriedade de apresentação de declarações patrimoniais durante e mesmo após exercício de cargos públicos, por um período naturalmente limitado, e a proibição de exercício de funções profissionais na área em que o cargo foi exercido, por idêntico período (se necessário com a adequada compensação financeira) a par da reabilitação do prestígio do exercício de cargos públicos e a sua adequada remuneração são, sem dúvida, importantes também para a questão da captura da regulação.

[810] Cf. GANTZIAS, George, *The dynamics of Regulation: Global control, local resistance*, Ashgate Publishing, Hants, 2001, p. 11: "Public interest theory (…) holds that regulation is established in response to the conflict between private corporations and the general public..".

[811] De facto, "Numa forma económica dominada pela disposição privada dos bens económicos, a intervenção económica dos Estado necessita sempre de legitimação, devendo manter-se dentro dos limites demarcados pelo critério de legitimidade." (Cf. MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Centelho, Coimbra, 1978, p. 217).

[812] Cf. PELTZMAN, Sam, *The economic theory of regulation after a decade of deregulation*,

Tal leva, como já assinalámos, a que se criem instâncias e mecanismos regulatórios mesmo em situações e sectores onde outra forma de intervenção seria preferível.

Tal facto pode ter várias explicações: em primeiro lugar a regulação é barata do ponto de vista do Estado; em segundo lugar, está alinhada com a *vox populi* que reclama uma menor ingerência do Estado na Economia e, por fim, cria uma série de cargos de prestígio, razoavelmente bem remunerados e de nomeação política.

Por outro lado a crescente consciência das ineficiências associadas, por exemplo, à produção púbica de bens em regime comunitário objectivamente desfavorável levam a que tais opções sejam descartadas mesmo antes de analisadas[813].

Assim, a análise custo-benefício que deve anteceder a escolha da regulação económica surge distorcida por uma sobreavaliação das suas vantagens, ou pela consideração de vantagens não economicamente eficientes[814].

---

"Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics", *in The Foundations of Regulatory Economics,* vol.III, (eds. Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, 1989, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998, p. 38: "Regulation occurs when there is a wide discrepancy between the political balance of pressures and the unregulated distribution of wealth.".

[813] Cf.NEWBERRY, David M. [2000:133]: "private regulated network utilities are not necessarily more efficient than public network utilities".

[814] "Um estudo cuidadoso dos regimes regulatórios revela custos e inconvenientes intrínsecos, mesmo quando se tratam de mercados onde a concorrência não é, de todo, exercida." (LOBO, Carlos Baptista [2001:55]).

Como se tem vindo a referir esse tipo de insuficiência na análise pode levar a que se introduza mecanismos regulatórios com custos sociais superiores aos que resultariam da normal acção, por exemplo, do monopolista privado[815], ou aos custos sociais da existência de uma dada externalidade.

A que se deve somar a extrema dificuldade de avaliar os custos da regulação[816].

Assinalámos, oportunamente, que, na falta de considerações de índole social, a regulação é vista como devendo existir quando os seus custos sejam inferiores ao aumento de bem-estar social que pode gerar.

Mesmo numa decisão que legitimamente identifique uma falha de mercado e opte pela regulação económica face às demais formas de intervenção um resultado negativo na avaliação custo-benefício deveria levar, nesse racional, a um recuo do Estado.

Desde logo têm de se considerar os custos de instalação e funcionamento da máquina regulatória[817]. E os custos de transacção acrescidos ao normal

---

[815] Cf. POSNER, Richard A. [1975:819]: "Indeed, the costs of regulation probably exceed the costs of private monopoly.". Vinte anos depois o mesmo autor mantém a posição. Cf.POSNER, Richard A., [1995:29]: "Considerable resources may have been expended by consumers or enforces to reduce those profits. Monopoly profits in an industry could be zero, yet the social costs of the monopoly in that industry very high, if enforcement of antimonopoly measures were both expensive and effective.".

[816] Veja-se o exercício elaborado para a CMVM por DUQUE, João [1999:47]: "No que respeita aos custos classificamo-los em dois grupos: os custos directos e os custos indirectos. Nos primeiros englobamos taxas de operações, de registo e demais emolumentos que recaiam sobre os diversos agentes. Nos segundos englobamos os custos administrativos infringidos, o descuido os regulados, a perda de bem-estar por quebra da negociação, a má regulação e a a natureza humana dos reguladores.".

funcionamento do mercado pela introdução de uma nova instância, as mais das vezes burocratizada[818].

Que vem introduzir rigidez no processo de tomada de decisão, para além de tender a torná-lo mais longo.

Em seguida, é ainda necessário somar os custos de oportunidade (o bem-estar social que seria gerado pela aplicação alternativa do mesmo investimento).

E os custos, para as empresas reguladas, do cumprimento das obrigações que lhes venham a ser impostas.

Ainda que todos os escolhos identificados possam ser evitados, e a decisão de imposição de regulação económica seja isenta de vícios, podem sempre surgir fracassos na aplicação dos instrumentos de regulação.

De facto, não sendo a entidade reguladora omnisciente nem omnipotente está sujeita a erros. Esta probabilidade é, como também referimos em tempo oportuno, muito potenciada pela existência de assimetrias informativas.

As mencionadas assimetrias podem levar a que as decisões assentem sobre pressupostos de facto errados. Com efeitos equivalentes aos da captura[819].Tal pode

---

[817] GWARTNEY, James D. et. al [2000:808]: "the process of regulation itself is costly: Employment and operating costs of regulatory agencies must be met, which means higher taxes. These costs can be substantial.".

[818] CABRAL, Nazaré da Costa [1997:20]: "A regulação pode provocar uma série de custos, o principal a ineficiência económica das empresas sujeitas a regulação. Por outro lado, o facto de a regulação ser fonte de burocracias, sobretudo no que respeita à actuação das agências reguladoras.".

acontecer por incapacidade da própria entidade reguladora ou porque a empresa regulada, de forma deliberada, promoveu essa *misrepresentation*.

Como também pode acontecer – e acontece – que uma dada decisão tenha resultados inesperados, porque a reacção do mercado regulado é atípica. Esses resultados podem, naturalmente, ser positivos[820].

Por isso, e muitas vezes, medidas que pretendem estimular a entrada acabam por a impedir, regulamentos destinados a garantir a qualidade dos produtos para os consumidores têm como efeito a exclusão de parte deles.

O recurso a entidades reguladoras sectoriais tem sido a solução mais comum quando estão em causa sectores da actividade económica que, pela sua especificidade, requerem uma intervenção tecnicamente evoluída e particularmente consciente da especificidade do sector em causa.

O fundamento subjacente a esta opção é, genericamente, o de que existem zonas da intervenção do Estado, especialmente no domínio económico, que devem ser politicamente neutralizadas, isto é, que devem ser subtraídas à gestão política

---

[819] FRIEDMAN, Lee S. [2002:675]: "But the sophisticated versions is that fair-minded commission members are subject to heavily biased information channels, which leads to decisions that are "as if" the commission had been captured (…) the industry possesses an enormous information advantage. It knows its own costs and the demand for its products. Other, including the regulatory commission, must rely on the firms just to obtain basic information about the industry.".

[820] RUFF, Larry E., "Competitive Electricity Markets – The Theory and Its Application", *From Regulation to Competition: New Frontiers in electrical markets*, (ed. Michael E. Einhorn), Kluwer Academic Publishers, Boston, 1994, p. 11: "Competition in electricity markets is a recent but rapidly growing phenomenon worldwide. It began to blossom in the United States as a largely unexpected result of the limited requirements that utilities buy power from independent producers.".

(muito em função do ciclo eleitoral). Daí a criação de entidades dotadas de independência orgânica[821].

A configuração deste fundamento é já, em si mesmo, uma resposta a uma das normais falhas da intervenção do Estado para quem parte desta perspectiva, o que leva a uma vontade de promover o desiderato de neutralização política, que assenta:

a) na independência funcional dos órgãos dirigentes, o que se consubstancia na inexistência de tutela de mérito, em mandatos longos, normalmente desfasados do ciclo político-eleitoral, na limitação de mandatos, em incompatibilidades várias, etc.;

b) na independência quanto ao financiamento, tendo estas entidades uma tradição orçamental de larga dependência de receitas próprias, obtidas pela taxação das empresas reguladas;

É ainda comum a criação de um quadro de pessoal próprio, com regras próximas das aplicáveis às empresas reguladas, por forma a permitir à entidade reguladora ser competitiva no recrutamento dos quadros de que necessitará, processo no qual estará em concorrência com os regulados;

---

[821] A que se devem, acrescentar, como também já se referiu, as situações em que o Estado intervém no mercado a outros títulos, e em que a independência orgânica surge também como resposta a uma necessidade de imparcialidade. Cf. DUQUE, João [1999:33]: "Finalmente, sublinhamos os potenciais conflitos de interesses que podem surgir entre o Estado como o *observador imparcial* no mercado de capitais e o Estado em todas as suas outras vertentes: emitente, grande investidor de carteira, grande alienante de posições significativas, grande comprador de posições significativas ou ainda defensor de uma imagem de independência e afirmação de orgulho nacional.".

Na prática, contudo, nota-se que o Estado tem um sentimento ambivalente em relação à criação destas zonas politicamente neutralizadas, entregues a entidades independentes. De facto, é comum registarem-se concessões à independência que pretendem não mais do que repor a capacidade de intervenção do Estado.

A mais efectiva dessas formas de pressão, embora particularmente pouco estudada, é a constante "ameaça" de revisão da decisão de neutralização política.

A mensagem é clara: se a entidade reguladora for muito afirmativa no uso da sua independência e se agir, no uso dos seus poderes próprios, em clara contradição com as decisões políticas, o Estado extinguirá a Autoridade Administrativa Independente e reassumirá totalmente o controlo desse sector.

Isto é especialmente verdade nos países, como Portugal, em que não existe uma verdadeira tradição neste domínio, mas tão só o cumprimento de orientações comunitárias que, por regra, não são vinculativas, isto é, não obrigam à adopção de determinada forma de intervenção[822].

Outro dos fenómenos tipicamente resultantes destas experiências hetero-impostas é que o Estado mantém uma presença preponderante no sector através de uma empresa pública[823], muitas vezes como medida de protecção da indústria nacional face a investidores estrangeiros.

---

[822]Nem condicionam a decisão de propriedade pública ou privada. Cf. JUSTEN, Monica Spezia [2003:169]: "As limitações impostas ao sector pelos (...) Tratados de Roma, Maastricht e Amesterdão não atingem, no entanto, o regime público ou privado de propriedade empresarial.".

[823] Neste sentido cfr., para o caso espanhol, MATEO, R. Martín e F. Sosa Wagner, *Derecho Administrativo Económico – El Estado y la Empresa*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1974, p. 102: "Tal ocurre en la mayoría de los países europeos con los transportes, el servicio telefónico, la

Ao arrepio das normas comunitárias aplicáveis[824].

O que se verificou até há pouco tempo, também, em Portugal onde o Estado manteve ainda uma presença em nome próprio, tradicionalmndente através de *golden-shares*, entretanto abandonadas.

Todos eles sujeitos a regulação económica por Autoridades Administrativas Independentes.

Tal situação agrava a capacidade de real intervenção da entidade administrativa independente para além de distorcer ainda mais o mercado, cujo funcionamento em termos semelhantes aos que resultariam de uma situação concorrencial se pretenderia.

Para mais, e paradoxalmente, é comum que as entidades reguladoras administrativas e as empresas públicas que elas regulam tenham a mesma tutela política, isto é, na prática, cria-se um mecanismo de recurso atípico.

---

electricidad, sectores que están enteramente nacionalizados o al menos profundamente mediatizados por el Estado, aparte de otros condicionantes, por la presencia decisiva en ellos de empresas públicas.". Sobre a experiência espanhola os mesmos autores afirmam: "Una ola importante de nacionalizaciones, tal como se conoció en Francia, Inglaterra y en otros países europeos, no ha tenido lugar en España." (CF.MATEO, R. Martín e F. Sosa Wagner [1974:109]). Muito embora se conheçam bem as práticas proteccionistas do Governo Espanhol.

[824] Cf. HERTIG, Gérard, "Regulatory competition for EU Financial Services", *Journal of international economic law*, Oxford, 2000, p. 359, em que do facto se retiram consequências em termos de integração europeia: "The current persistence of the monopoly power of host Member States implies that there is limited room for a race to the bottom.". O mesmo autor atribui efeitos semelhantes à presença de reguladores com mandatos proteccionistas. Cf. HERTIG, Gérard [2000:374]: "To date, the availability of the European passport has not produced this result either. Indeed, regulatory barriers to the cross-border provision of financial services remain significant.".

É expectável que a empresa pública regulada vá recorrer à tutela para tentar evitar a necessidade de cumprir as decisões do regulador, expediente especialmente eficaz quando dessas decisões resultam menos-valias para a empresa regulada e para o seu accionista. Ou seja, quase todas.

Além disso as empresas públicas em causa vêm, em regra, de longas experiências de auto-regulação, sendo particularmente avessas ao respeito pelas orientações da nova entidade administrativa independente.

E estão menos sujeitas a constrangimentos orçamentais, procedimentais, de recrutamento de pessoal[825] e outro, que as tornam particularmente aptas a dificultarem a intervenção da Autoridade Administrativa Independente.

Outro dos potenciais falhanços da regulação é o facto de o regulador poder ser capturado pelo sector que pretende regular[826].

Tal pode acontecer por uma variedade de razões, quer porque é nesse sector que o regulador recruta o pessoal especializado e mesmo os seus dirigentes

---

[825] Factores que têm tido consequências na qualidade da regulação. Cf. BREYER, Stephen G. e Richard B. Stewart [1992: 181] “Some critics over the years have explained the failure of regulation by claiming that governmental has not attracted people best equipped to handle regulatory responsibilities.”.

[826] Quanto maior a diferença de graus de atomicidade entre os regulados e os consumidores mais fácil será que haja captura, por uns ou por outros, conforme aquele que tenha menor atomicidade. Na regulação de monopólios naturais o lado dos regulados não tem qualquer atomicidade, logo, o perigo de captura é elevado. V., sobre o sector das telecomunicações SOARES, José Fernandes, *Teorias Económicas da Regulação*, Instituto Piaget, Lisboa, 2007.

o qual está na contingência de a ele regressar (mecanismo de *revolving door*[827]), quer porque a interacção sucessiva entre o regulador e um número restrito de regulados pode levar ao desenvolvimento de comportamentos desviantes[828].

Pode ainda acontecer que o regulador seja capturado por via de assimetrias informativas em que o regulado cede apenas as informações que lhe interessam, visando condicionar a decisão do regulador a seu favor.

É comum, por exemplo, que uma empresa regulada faça da captação de quadros na entidade reguladora um instrumento ao serviço de uma estratégia de debilitação da mesma.

---

[827] Sobre o mecanismo da *revolving door* e, no geral, sobre a problemática da captura do regulador pelo(s) regulado(s) remetemos novamente para GOUVEIA, Rodrigo, *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra, (2001), p. 48 e ss.
O recrutamento no sector regulado acaba por ser uma inevitabilidade quando se procuram competências sectoriais especificas. Mas esses profissionais trazem uma cultura de empresa que se traduz num peso quando se tenta implementar uma cultura de regulação. Por outro lado, no caso português, o recurso a requisições e destacamentos temporários de e para as empresas do sector por parte das entidades reguladoras agudiza o problema. A questão pode ser parcialmente resolvida através de regimes de exclusividade, confidencialidade, e pactos de não concorrência que imponham um período de "nojo" entre a saída da entidade reguladora e a entrada numa empresa do sector, dentro dos limites legal e constitucionalmente admissíveis.

[828] As interacções repetidas (e ilimitadas) entre os mesmos parceiros levam a que a estratégia mais eficiente para ambos seja a da cooperação como regra e a da não cooperação apenas como retaliação, como demonstra o famoso trabalho de Axelrod (AXELROD, Robert, *The complexity of cooperation – agent-based models of competition and collaboration,* Princeton University Press, Princeton, 1997) que versa sobre uma projecção do dilema do prisioneiro num quadro de múltiplas interacções (Tit for Tat). Quando a entidade reguladora tem de assumir uma posição de ruptura com os interesses subjectivos dos regulados este tipo de mecanismo leva a que a entidade reguladora ou se deixou capturar e assume uma postura cooperante ou não se deixou capturar e enfrentará a retaliação dos regulados, nomeadamente através do recurso sistemático para os tribunais das decisões da entidade reguladora.

O ganho é dúplice: por um lado ganha um quadro competente, em cuja formação a entidade reguladora terá já investido, por outro a entidade reguladora perde esse mesmo quadro.

Existem ainda outros ganhos importantes: a empresa regulada não incorre nos custos de recrutamento e selecção e, mais importante, de formação do quadro em causa. Nesse período inicial, em que os vencimentos são ainda baixos, a entidade reguladora não sente dificuldades em munir-se de bons quadros técnicos.

Simplesmente, ultrapassado esse período de formação a entidade administrativa, tolhida que está por regras de remuneração e promoção demasiado rígidas (porque decalcadas das da função pública) não pode competir com as propostas das empresas reguladas, que não estão sujeitas a tal constrangimento[829].

Além de todas estas vicissitudes a agência reguladora enfrenta ainda o perigo de captura pelas entidades reguladas.

Segundo alguns autores[830] o perigo de captura é real quando o mercado esteja mais concentrado de um dos lados (oferta ou procura). No caso dos monopólios naturais, então, a captura seria inevitável.

---

[829] TATCHER, Mark [2000:19]: "Experience in countries with newer, less-well resourced regulators suggests that they have suffered from inadequate resources – staff and budgets. More generally, in a profitable and frequently well-paid sector such as telecommunications, regulators need to be able to attract and retain expert staff; for this, they need to be able to offer competitive pay and conditions.".

[830] V. ARAÚJO, Fernando [2012:610] "De acordo com a "teoria da escolha pública", é de prever que ocorra uma " captura do regulador" sempre que, no "mercado da regulação", a oferta seja menos atomística do que a procura e por isso seja de esperar dela maior eficiência na pressão e no aliciamento, na substituição de votos por financiamentos dos políticos e dos burocratas reguladores.". Cf, ainda, FARBER, Daniel A. e Philip P. Frickey, *Law and Public Choice – a critical introduction*, The University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 163 e ss.

Outra forma de captura é a utilização do chamado mecanismo de *revolving doors*. Ele permite a captura por duas vias:

a) pela cedência temporária de trabalhadores das empresas reguladas para os quadros ou para a direcção da entidade reguladora[831];

b) quando os quadros ou dirigentes da entidade reguladora não forem originários da empresa regulada, pela promessa de obtenção de colocação em momento posterior na empresa regulada, em condições muito vantajosas.

Embora com menos ênfase e visibilidade na análise doutrinária o mesmo se aplica a familiares ou associados.

Numa outra perspectiva a própria administração pública, enquanto inteligência colectiva, procura a forma regulatória, pois antevê naquela uma possibilidade de expansão orgânica, para a qual tende perceptivelmente. E, depois de a obter, luta para a manter e, se possível, expandir[832].

---

[831] Cf.PARKIN, Michael et. al [2000: 457]: "…all agencies have a permanent bureaucracy made up of experts in the industry being regulated, who are often recruited from the regulated firms.".

[832] HARRIS, Richard et. al [1996:41]: "The third major set of actors in subgovernmental politics is, of course, the federal bureaucrats. No less than legislators and the various organized interests, they have powerful incentives for maintaining regulatory issue networks against deregulatory efforts." Cf.ainda PARKIN, Michael et. al [2000: 435]: "The most senior bureaucrats are hired by politicians. Junior bureaucrats are hired by senior bureaucrats. (…) bureaucrats aim to maximize their own utility. (…)the bigger the budget, the greater is the prestige of the agency or department boss and the larger is the opportunity of promotion for people further down the bureaucratic ladder. To maximize their budgets, bureaucrats devise programmes that they expect will appeal to politicians and they help politicians to sell programmes to voters.".

As teorias associadas à ideia de captura do regulador, quer as que se debruçam sobre a captura genética[833], quer as que se debruçam sobre a captura comportamental[834] pressupõem sempre, em maior ou menor grau, fenómenos de corrupção ou de perversão do interesse público.

Admitimos, naturalmente, que uma combinatória das duas seja possível.

Já na captura do regulador pela manipulação da sua noção de interesse público[835], a colocação daquele em situação de assimetria informativa ou a infiltração dos seus quadros por pessoal das empresas reguladas, para citar as formas mais comuns, se pressupõe que existe *inocência* ou *inacção* da entidade reguladora ou o legislador, que não criou as salvaguardas legais adequadas.

Em todo o caso, para ambos os fenómenos existem já análises feitas e têm vindo a ser identificadas formas – já mencionadas *supra* – de defesa do interesse público.

---

[833] Referimo-nos, sob esta designação, às teses que, ao abrigo do conceito de *market for regulation* defendem que a introdução de mecanismos regulatórios e de Autoridades Administrativas Independentes corresponde à *compra*, pelos interesses privados, de protecção pública, através de políticos susceptíveis de serem objecto desse tipo de aproximação.

[834] Já sob esta segunda designação agrupam-se os mecanismos de captura do regulador que ocorrem após a criação deste, nomeadamente através do aliciamento dos reguladores para futuros cargos bem remunerados (a chamada *revolving door policy*).

[835] MOSCHEL, Wernhard [2002:830]: "- Sector-specific regulatory further run the risk of identifying themselves too much with the interests of the enterprises they are meant to supervises. Above all, this has been the experience in the banking and insurance sectors".

É certo que se pode defender não só que tais perversões da regulação são menos sistemáticas do que alguns pretendem fazer crer como também que, para as mesmas, existem mecanismos de salvaguarda e *minimização* (cf. *supra*).

Questão diversa se coloca, e por isso a isolámos, quanto ao facto de o relacionamento, necessariamente longo, entre a Autoridade Administrativa Independente e as empresas reguladas, relacionamento esse pautado por múltiplas interacções, poder levar ao estabelecimento de "uma relação de amizade e cumplicidade"[836].

Relação essa resultante não de qualquer enviesamento inconsciente ou deliberado do interesse público ou de fenómenos de corrupção mas de um " «casamento de conveniência» que se desenvolve na regulação.".[837]

O que nos preocupa é o facto de a mera interacção sucessiva entre o regulador e um número restrito de regulados pode levar ao desenvolvimento de comportamentos desviantes.

Mais, a maioria das posições normalmente defendidas para remediar outras pechas da regulação (cf. *supra*) tendem a agravar a probabilidade deste tipo de problema.

Pense-se, por exemplo, na defesa, que normalmente se faz, da extensão do mandato dos dirigentes da Autoridade Administrativa Independente de forma a isolá-los mais perfeitamente das pressões políticas associadas ao ciclo eleitoral.

Tal mecanismo, na perspectiva que agora nos ocupa, agrava sobremaneira

[836] ARAÚJO, Fernando [2012:606].

[837] ARAÚJO, Fernando [2012:606].

a probabilidade de perversão da actuação da entidade reguladora, uma vez que aumenta tanto o horizonte temporal da interacção como o número absoluto das mesmas.

O mesmo efeito se pode apontar, por exemplo, ao princípio da participação dos interessados no processo regulamentar, ou a recente[838] defesa da contratualização como forma de actuação administrativa[839], nomeadamente em matéria ambiental ou em aspectos relacionados com a prossecução de objectivos de eficiência, entre outros.

Ou a prescrição de uma atitude "amiga" do mercado[840].

Tudo mecanismos regulatórios que promovem uma proximidade, que se pretende demonstrar pouco desejável, entre a Autoridade Reguladora e o mercado que é suposto regular.

---

[838] Em bom rigor, o conceito é muítissimo anterior. Cf. DIAS, Manuel Cotta, *Desenvolvimento Económico no "Estado Social"*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa , 1973, p.8: "Propugnamos, por isso e por a considerarmos decorência coerente dos fundamentos políticos do Estado Social de Marcello Caetano, a fórmula da *economia contratual ou consertada.*".

[839] Para um correcto enquadramento desta questão Cf. LIEFFERINK, Duncan e Arthur P. J. Moll, "Voluntary agreements as a form of deregulation?", *Deregulation in the European Union – Environmental perspectives*, (ed. Ute Collier), Routledge, Londres, 1996, p. 181: "So-called voluntary agreements between the state and private actors, particularly industry, are in fact seldom entirely voluntary. Quite often, they are linked to more general legal obligations and can as such rather be seen as implementation agreements.".

[840] Cf. BURROWS, Norren e Charles Wolfson, "Regulating Business and the Business of Regulation: The encouragement of business-friendly assumptions in regulatory agencies", *Regulation and Markets Beyond 2000*, (eds. Laura Macgregor, Tony Prosser e Charlotte Villiers), Ashgate, Darmouth, 2000, p. 338: "The introduction of the assumption that regulators ought, in principle, to be business-friendly in their approach to the enforcement process was innovation introduced by the Conservative government as part of its regulation strategy.".

Defendemos, portanto, que um certo nível de conflituosidade dos reguladores com os regulados, quer na fase inicial de tomada de decisão quer na vivência do ambiente regulatório são o melhor sinal de que a regulação se encontra a cumprir os seus objectivos.

A "teoria dos jogos"[841] fornece dados importantes para a análise desta questão. Concretamente, e no caso que nos ocupa, estão em causa uma categoria de jogos denominados, normalmente, "jogos com aprendizagem".[842]

O estudo do tipo de comportamento resultante de interacções múltiplas entre sujeitos com capacidade de *aprender*[843] e de *lembrar* tem múltiplas aplicações, mas tem surgido especialmente associado ao estudo, por exemplo, dos mercados oligopolistas (a propósito das múltiplas interacções entre empresas e os equilíbrios tácitos que entre elas se formam espontaneamente).

A ideia de que duas entidades com interesses inicialmente opostos poderão, após múltiplas interacções, comungar de interesses comuns baseados na visão de cada um de qual o seu melhor interesse[844] tem inúmeras aplicações

---

[841] OSBORNE, Martin J. e Ariel Rubinstein, *A course in game theory*, The MIT Press, Massachusetts, 1994, p. 1 definem a teoria dos jogos como: "a bag of analytical tools designed to help us understand the phenomena that we observe when decision-makers interact. The basic assumptions that underlie the theory are that decision-makers pursue well-defined exogenous objectives (they are *rational*) and take into account their knowledge or expectations of *other* decision-makers' behavior (they *reason strategically*).".

[842] Cf.ARAÚJO, Fernando [2012:606]: "múltiplas estratégias que se configuram na teoria dos «jogos com aprendizagem»".

[843] Isto é, de saber qual a reacção provável da contraparte com base em experiências passadas. Se não existisse capacidade de aprender e de lembrar os jogos com repetição seriam iguais aos jogos sem repetição, porque cada jogada era feita isoladamente, sem considerar as anteriores.

[844] V. AXELROD, Robert, *The complexity of cooperation – agent-based models of competition and*

práticas, e surge associada a fenómenos reais das mais variadas tonalidades[845].

A propósito da relação regulador-regulado, e com notáveis excepções, esta questão não é referida ou só o é de forma muito incompleta e sem qualquer enquadramento[846].

Na doutrina jurídica, em particular, esta questão merece pouca atenção. Julgamos que tal é um erro.

De facto, estamos perante um facto *estrutural*, particularmente presente nas indústrias mais susceptíveis de serem objecto de *regulação económica*, agravado mesmo nos casos em que se trata de regulação de monopólios

---

*collaboration,* Princeton University Press, Princeton, 1997, p. xi : "…cooperation based upon reciprocity can evolve and sustain itself even among egoists provided there is sufficient prospect of a long-term interaction. The theme was developed from many different angles, including computer tournaments, historical cases, and mathematical theorems."

[845] V.g. o caso do chamado Síndroma de Estocolmo, um fenómeno psicológico caracterizado por uma situação em que uma vitima de sequestro, detida contra a sua vontade, desenvolve uma relação de cumplicidade com o sequestrador. Em casos limites os sequestrados podem mesmo acabar por ajudar os sequestradores na obtenção dos seus objectivos. No caso que deu nome ao síndroma, por exemplo, (um roubo de banco em que o sequestro se prolongou por 5 dias) as vítimas defenderam os sequestradores mesmo depois de terem sido libertadas, tendo mesmo colaborado de forma renitente com as autoridades policiais, numa primeira fase, e judiciais, numa segunda. O mecanismo tem paralelo noutras situações de *abuso*, como seja o caso da violência conjugal.
Ou ainda o caso dos exércitos alemão e francês que, entrincheirados a curta distância um do outro, na I Guerra Mundial desenvolveram, fruto de múltiplas interacções e recompensas mútuas, um sistema não consensualizado expressamente de tréguas em determinadas ocasiões (v.g. datas festivas, horas das refeições, reabastecimentos de víveres). Curiosamente, feita a rotação das unidades militares do lado dos aliados foi possível verificar que o mesmo equilíbrio foi atingido novamente, desta feita em menor tempo.

[846] V.g. GWARTNEY, James D. et. al [2000:807]: "with the passage of time, regulatory agencies often adopt the views of the business interests they are supposed to regulate". O autor não desenvolve o porquê do aparecimento deste comportamento que, contudo, assinala.

naturais[847].

Ora a consequência normal destas interacções múltiplas – a solução de equilíbrio maximizadora da posição de ambas as partes – é a adopção, por elas, de uma estratégia de *cooperação*[848].

Sendo certo que a *ratione decidendi* da opção por um modelo de *regulação económica* é que uma das partes, a Autoridade imponha à outra, a empresa regulada, uma conduta que esta, por si só, não adoptaria.

Com o objectivo de minorar ou eliminar uma perda absoluta de bem-estar social é intuitivo que qualquer equilíbrio que passe por uma estratégia de acomodação mútua põe em causa aquele objectivo.

Convém, talvez, neste passo, detalhar um pouco a questão.

A estratégia normal será que a primeira interacção seja de cooperação. A entidade reguladora acaba de ser instituída e necessita da colaboração da empresa regulada para começar a adquirir informação.

---

[847] Porquanto aí existem apenas dois jogadores. A Autoridade e o monopolista natural.

[848] As interacções repetidas (e ilimitadas) entre os mesmos parceiros levam a que a estratégia mais eficiente para ambos seja a da cooperação como regra e a da não cooperação apenas como retaliação, como demonstra o modelo que versa sobre uma projecção do dilema do prisioneiro num quadro de múltiplas interacções (Tit for Tat). Para uma descrição deste modelo V. AXELROD, Robert, *The Evolution of Cooperation,* Basic Books, Nova Iorque, 1984.

Esta, por sua vez, tem todo o incentivo para esperar que a autoridade administrativa independente tome a iniciativa, até porque assim não invalida a possibilidade de a autoridade adoptar uma postura de inércia[849].

A resposta normal a uma jogada de cooperação é corresponder com uma jogada do mesmo tipo (a chamada *tit-for-tat strategy* de que já falámos).

A estratégia de reagir sempre com a mesma jogada é a mais estável no longo prazo e a opção pela cooperação sistemática a que maiores dividendos traz a ambas as partes[850].

Atendendo a que a estratégia pode ser modulada para ter em conta os efeitos de falta de cooperação por falhas de comunicação ou incapacidade objectiva de cumprir, caso em que a retaliação pode não chegar a ocorrer ou, a ocorrer, é respondida com nova cooperação (contrição do faltoso) a sua solidez de longo prazo sai reforçada.

Apesar de cada uma das partes beneficiar da sua não-cooperação mais do que da cooperação tal só acontece se a outra parte cooperar.

Num jogo único o mais certo é que ambas não cooperem. Num jogo com repetição a aprendizagem e a possibilidade real de retaliação ditam o inverso[851].

---

[849] MCBARNET, Doreen e Christopher Whelan [1999:73]: "the first strategy of resistance to control is to do nothing.".

[850] OSBORNE, Martin J. [1994:133]: "The main idea behind the theory of repeated games it that if the game is played repeatedly then the mutually desirable outcome (…) is stable if each player believes that a defection will terminate the cooperation, resulting in a subsequent loss for him that outweighs the short-term gain.".

[851] Cf.MAJONE, Giandomenico [1996(a):42]: "If the game is played an indefinite number of times, however, cheating is no longer the dominant (but inefficient) strategy.".

De facto, a melhor estratégia a adoptar, tendo em conta a estratégia do outro jogador, é a da cooperação sistemática com a não-cooperação a ser apenas uma forma de retaliação.

Salvo os casos em que a não-cooperação, porque não observável, não é punida. O que é um risco real no caso concreto, atendendo às assimetrias de informação[852].

Esta forma de definição da melhor estratégia possível tendo em conta a estratégia do adversário é mais conhecida como *Equilíbrio de Nash*.

Se, por exemplo, a entidade reguladora punir a empresa com a imposição de determinados comportamentos que aquela não deseja adoptar a retaliação poderá ser exercida sob a forma de recursos sistemáticos para o poder judicial, associada ou não a iniciativas públicas destinadas a denegrir a imagem do regulador.

É fácil de perceber que ambas as partes perdem em não cooperar. Ora este é um incentivo perverso que importa eliminar.

---

[852] Para um exemplo semelhante cf. LAFFONT, Jean-Jacques, *The Economics of Uncertainty and Information*, (trad. John P. Bonin e Hélène Bonin), MIT Press, Cambridge, 1989, p. 169: "To illustrate the role played by repeated contracts in adverse selection models, consider the particular case in which the principal is a government that contracts a firm to produce a public good, although it does not know the firm's marginal cost".

Face ao quadro negro que (deliberadamente) traçámos temos a obrigação de também apontar algumas pistas que permitam obviar às muitas dificuldades que fomos identificando. E de as concretizar no espaço jurídico nacional.

Porque em muitas situações a regulação económica ainda é o melhor instrumento para maximizar o bem-estar social nas situações concretas em que nenhum outro meio se mostre mais eficiente.

Alfred E. Khan, disse-o melhor quando afirmou: "the only acceptable alternative is regulation. And for the inescapable imperfections of regulation, the only available remedy is to try to make it work better."[853].

Para evitar as imperfeições da regulação julga-se necessário:

a) Em primeiro lugar, compreender, do ponto de vista da decisão política, que a instituição de *regulação económica* acompanhada, como preconizamos, da institucionalização de uma Autoridade Administrativa Independente, é uma decisão com enormes implicações sobre o nível de bem-estar social.
Não só pelos custos que ela própria acarreta mas pelos prejuízos que estão associados à sua utilização indevida (*v.g.*, quanto não exista uma falha de mercado; quando esta exista mas a sua correcção deva ser feita pelo próprio mercado; quando a intervenção do Estado, qualquer a forma que assuma, implique uma perda de bem-estar social; quando estivessem disponíveis outras formas de intervenção com custos menores);

---

[853] Cf. KHAN, Alfred E., *The Economics of Regulation*, 2.ª edição, MIT Press, Massachussets, 1998, p. 13.

b) Que, face à possibilidade, que identificámos, de compra de regulação, o processo de decisão devia ser alterado de forma a evitar essa possibilidade. A criação *ad-hoc* deste tipo de entidades teria, portanto, de terminar.

A este respeito seria particularmente importante a existência de um quadro legal que regulasse esses aspectos[854].

Esse quadro deveria, nomeadamente, prever em que situações e com que justificação objectiva se poderiam criar Autoridades Administrativas Independentes. O quadro geral recentemente aprovado não se debruça, contudo, sobre estes aspectos.

Determinando mesmo que a criação das mesmas fosse precedida de um estudo que demonstrasse que a utilização da regulação não era indevida (v. *supra*, a alínea a) quanto aos aspectos a abordar)[855]. Fazendo, portanto, coincidir os critérios de decisão do legislador ordinário com aqueles que sustentámos estarem vertidos na CRP;

c) Quanto às fragilidades identificadas nos instrumentos de regulação e, especialmente, na sua utilização, a chave da sua melhor utilização passa, em primeiro lugar, por aprender com os erros[856].

---

[854] Em Portugal, chegou a existir uma proposta de Lei-Quadro que, apesar de não aprovada está, felizmente, publicada (MOREIRA, Vital e Fernanda Maças, *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003). A solução legislativa adoptaa final mais de 10 anos depois tem já pouca correspondência com aquele anteprojecto.

[855] O que a lei portuguesa já prevê, por exemplo, para o lançamento de parcerias público-privadas.

[856] Cf.RUFF, Larry E. [1994:26]: "There is as much to be learned from the failures of the U.K. experience as from its success.".

CF.SUSTEIN, Cass R. [1997:271]: "A large literature, inspired by public choice theory and welfare economics, has grown and around the theory that purportedly public-interested regulation is almost always an effort to create a cartel or to serve some private interest at the public expense. (…) I do not conclude, as some of that literature appears to, that the appropriate response to regulatory paradoxes is to abandon modern regulation altogether and rest content whit the operation of private markets. (…) The appropriate response to the paradoxes of regulation is not to return to a system of "laissez faire", but to learn from past filers.".

É ainda necessário que se aposte na qualidade da regulação[857], e dos reguladores[858] desde o início do processo decisório até à decisão final.

Tendo sempre presente que, ao contrário do que acontece com a gestão política de curto-prazo, às vezes não decidir tem menos custos do que decidir mal.

A aposta na qualidade da regulação passa ainda pela simplicidade e coerência dos instrumentos normativos a utilizar, nomeadamente os de natureza regulamentar, devendo evitar-se a prolixidade legislativa tão característica dos nossos tempos[859].

O regulador tem ainda de transcender a mera composição dos interesses antagónicos em presença no sector[860] introduzindo acima destes o interesse público.

---

[857] Cf. GOMES, João Salis [2000:642]: "É interessante notar que, em matéria da reforma da regulação, o acento tónico passou, genericamente, nos últimos anos, da desregulação para a qualidade da regulação, como atesta um estudo recente da OCDE sobre o papel e funções do Estado e a reforma da gestão pública na Alemanha, Canadá, Finlândia, Noruega, Nova Zelândia, Portugal e Reino Unido.".

[858] Para um exemplo curioso da forma como devem ser seleccionados os reguladores cf. ADAMSON, John E., *Basic Law and the Legal Environment of Business*, Irwin, Chicago, 1995, p. 542-543: ".Very few escaped the tragedy [o crash bolsista de 1929](...) one man who did manage to do so [was] Joseph P. Kennedy, one of the wealthiest and most active investors of the time. (...) As the first head of the SEC, Rooselvelt appointed the same Joseph P. Kennedy (...) when asked why, Roosevelt responded that Kennedy knew all the loopholes in the current laws and therefore could close them.".

[859] Cf. GOMES, João Salis, "Qualidade da regulação jurídica e redefinição estratégica da gestão pública", *Revista de Administração Pública*, Lisboa, 2000, p. 639: "Uma das causas apontadas como determinante para a deterioração da qualidade da regulação jurídica é a chamada inflação legislativa, historicamente ligada à valorização da produção normativa que caracteriza o discurso do Estado de Direito."

[860] GRAHAM, Cosmo [1999:216]: "…the job of regulators is to take the right decision, which may not involve balancing the various interests.".

Na concreta definição dos instrumentos de regulação a utilizar, e na utilização a dar-lhes, o regulador deve ter sempre presente que a melhor forma de obter o cumprimento perfeito e atempado das suas decisões é associar a esse cumprimento um estímulo que diga algo à empresa regulada[861]. Na prática, um aumento de receitas ou uma diminuição de custos. Se a empresa sentir que está a receber a sua quota-parte na repartição com os consumidores dos ganhos de bem-estar social será mais cooperante.

Deve ainda evitar-se absolutamente a cristalização das soluções. A adaptabilidade da estratégia reguladora deve ser um valor primordial quando a mesma tem de ser adaptada a um mercado, ele próprio, em constante mutação[862].

d) Porque o regulador não está isento de falhas, antes pelo contrário, é necessário criar estímulos, à semelhança do que este fará para a empresa, para que mais facilmente e com menos tentações prossiga apenas o *interesse público*.

   A independência funcional devia ser mitigada, pelo menos pela intervenção da Assembleia da República assumir um papel de definição das grandes linhas orientadoras da actividade do regulador.

---

[861] McCraw, Thomas K [1984:308]: "Even in some of the best scholarship on regulation, failure has often been applied not merely as a conclusion but also as a premise, a tacit assumption hidden behind apparently scholarly explanations presented in theoretical forms: the theories of capture, public choice, of taxation by regulation, and several others.
To weigh against this multiple theories premised on failure, we have only one premised on success. But it is a very useful one: the theory of «public use of private interest". According to this idea, regulators should always exploit the natural incentives of regulated interests to serve particular goals that the regulators themselves have carefully defined in advance.".

[862] McCraw, Thomas K., *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, Cambridge, 1984, p. 306: "The process of fitting regulatory strategies to particular industries is a difficult task, partly because industrial structures, like regulatory ideas, can change over time".

e) Os mecanismos de *judicial review* teriam sempre de ser reforçados. Desde logo, pela criação de recursos céleres e de mecanismos cautelares. Em seguida pela sujeição dos actos com conteúdo económico a um tribunal especializado[863].

f) Para evitar a captura o caminho não pode deixar de ser continuar – e reforçar – a instituição de mecanismos de:

   a. contratação no mercado aberto, mormente no meio universitário;
   b. instituição de obrigações de exclusividade e de pactos de não-concorrência sobrevigentes ao contrato, de confidencialidade, entre outros, ao abrigo do que permite a legislação laboral.

Por fim, e dentro do esquema de incentivos que se mencionou o regulador devia participar na divisão dos ganhos de bem-estar social. Tal prémio pela obtenção de determinados objectivos (contratualizados no momento da nomeação) seria, proporcionalmente, bastante reduzido, e incidindo apenas na melhoria verificada acima do objectivo fixado.

Os consumidores e as empresas não sairiam, de todo, prejudicados. E da interacção do regulador com o regulado até poderá resultar novo "casamento de conveniência", mas desta feita para melhor prosseguir e não para obstar ao aumento do bem-estar social.

[863] Em tese, e apenas em tese, tal papel caberia bem ao Tribunal de Comércio. Contudo, e face às más experiências que, naquela sede, se viram nos últimos anos a propósito da apreciação de certas decisões do então Conselho da Concorrência teme-se bem que falte a preparação técnica indispensável para o efeito.

O objectivo do regulador, da empresa regulada e dos consumidores será ainda mais desejável se existir um compromisso sério de, atingido um nível de bem-estar social que o justifique, e nos mercados que não sejam monopólios naturais, o regulador retire, oferecendo ao sector um último aumento de bem-estar social, no exacto valor dos custos que lhe impôs.[864]

Importa deixar este aspecto particularmente claro: discutir o mérito de recorrer ao modelo da regulação económica como forma de promover a despolitização da decisão económica pública é uma realidade que, especialmente no próximo ponto, se criticará.

Mas a regulação económica e mesmo, com os devidos cuidados, a que é protagonizada por Autoridades Administrativas Independentes, tem o seu papel e o seu lugar enquanto solução concretamente adequada a determinadas situações.

Só não enquanto consagração "possível" de uma ideia de que não se podendo ter uma total desintervenção então se aceita como sucedâneo a regulação com independência não com base na sua adequação intrínseca mas como forma de afastar o poder político da decisão pública.

---

[864] V. LEITE, António Nogueira, [2000:148]: "Cumpridos os objectivos, deixa de haver razões tecnológicas conducentes a que existam empresas muito grandes (...). Nessas circunstâncias, perde sentido a existência de regulação própria". Ou seja, o sector pode passar a ser monitorizado em sede de regras gerais de promoção e defesa da concorrência.

# 10. Papel do Estado na Economia: que redefinição?

Em Portugal[865], o papel do Estado tem oscilado em torno de uma mistura de políticas nem sempre coerentes ora mais intervencionistas ora menos intervencionistas[866] e tem merecido análises variadas, especialmente no que concerne à experiência mais recente[867], não poucas vezes prejudicadas pela falta de definição atempada dos objectivos[868].

Aqui chegado o excurso importa procurar pistas que permitam ensaiar – e não mais do que isso – uma redefinição do papel do Estado na Economia.

Se recusamos, por um lado, que o mercado produza eficiência em toda e qualquer circunstância temos de admitir, por outro, que a intervenção pública nem sempre é apta a repor essa eficiência.

---

[865] Para um balanço crítico em vários sectores fundamentais, como a energia, transporte ou comunicações V. PORTO, Manuel Lopes, "O sentido da intervenção do Estado. Experiências recentes em Portugal", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006.

[866] Na feliz síntese de MONTEIRO, Luís, *Os últimos 200 anos da nossa Economia e os próximos 30*, Bnomics, Lisboa, 2010, pp. 212: "Portugal está situado entre um modelo «anglo-saxónico" de menor peso do Estado e um modelo «nórdico" de maior peso do Estado.".

[867] PORTO, Manuel Lopes [2006:1052] fala "em situações muito diferentes".

[868] Cf. SOUSA, Alfredo José de, "O Estado no século XXI: redefinição das suas funções?", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006, pp. 90: "Sem rigor na definição das políticas públicas é difícil desenvolver a avaliação da sua execução".

Especialmente quando a decisão sobre a oportunidade e concreta forma dessa intervenção são toldadas por preconceitos ideológicos ainda que travestidos de teorias económicas.

Esta é uma discussão cuja actualidade e premência continua representada nomeadamente na literatura moderna em matéria de *Public Finance* e *Public Sector Economics*[869].

Tomamos ainda como conclusão preliminar ou *tentativa* da nossa investigação que que a mera produção de eficiência (no sentido em que a definimos) ou, dito de outra forma, a mera maximização do total de bem-estar social produzido é inidónea em si mesma para suportar o papel da Economia na vida em Sociedade porquanto não cuida da divisão desse mesmo bem-estar em função de considerações de equidade e justiça, sem as quais as sociedades não funcionam.

---

[869] V., entre outros, TANZI, Vito, *Public spending in the 20th century: a global perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; AUERBACH, Alan J. e Martin Feldstein (editors), *Handbook of public economics* North-Holland, Amsterdão, 1985; HINDRIKS, Jean e Gareth D. Myles, *Intermediate public economics*, MIT Press, Cambridge, 2006; BROWN, Charles Victor e Peter McLeod Jackson, *Public sector economics*, 4.ª Edição, Blackwell, Londres, 1990; GRUBER, Jonathan, *Public Finance and Public Policy*, Worth, Nova Iorque, 2005; HYMAN, David N., *Public finance : a contemporary application of theory to policy*, 8.ª Edição, Thomson South-Western, Austrália, 2005; ROSEN, Harvey S., *Public finance*, 7.ª Edição, McGraw-Hill, Nova Iorque, 2002, MUZELLEC, Raymond, *Finances publiques*, 14.ª Edição, Dalloz, Paris, 2006, BOUVIER, Michel, Marie-Christine Esclassan e Jean-Pierre Lassale, *Finances Publiques,* 8.ª Edição, LGDJ-EJA, Paris, 2006, DOUAT, Étienne, Xavier Badin, *Finances publiques: finances communautaires, nationales, sociales et locales*,3.ª Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2006, CAZORLA Prieto, Luis María, *Derecho financiero y tributario: parte general*, 7.ª Edição, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, TORRES, Ricardo Lobo, *Curso de direito financeiro e tributário*, 13.ª Edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero y tributario: parte general*, 16.ª Edição, Thomson-Civitas, Cizur menor (Navarra) 2006, RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, 4.º edição, Marcial Pons, Madrid, 2007 e LAPATZA, Jose Juan Ferreiro, *Curso de derecho financiero español : instituciones*, 25.ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

Cientes, por fim, que o momento actual para um país como Portugal, num contexto de uma União Europeia que, as mais das vezes, introduz desafios adicionais, encerra constrangimentos reais à capacidade de actuação do Estado e de normal funcionamento da Economia, pelo que importa procurar pistas de uma redefinição.

Ela opera, desde logo, numa perspectiva de delimitação negativa.

O papel do Estado não pode ser determinado *a priori* fruto de um posicionamento liberal ou intervencionista que tende a tratar todas as situações a partir de uma visão já auto-limitada dos instrumentos utilizáveis e dos objectivos a prosseguir.

O papel do Estado não pode ser, por outro lado, o mesmo de forma cega em relação ao momento que a Economia atravessa.

Dito de outra forma, sabendo-se com certeza apenas que a Economia se desenvolve em movimentos de sucessiva incerteza, com crescimento e recessão em ciclos sempre atípicos, pretender que o papel do Estado se mantenha inalterado é aceitar que é possível tratar de forma imutável uma realidade em mutação.

Quando se equaciona, por exemplo, o papel do Estado na provisão de determinados bens públicos, como por exemplo, estradas, não se pode nem deve isolar dessa relação o saber se o momento da Economia é de molde a justificar esse investimento.

Pretender avaliar esse mérito a partir de considerações alheias a essa realidade é meio caminho para se terem sistemáticas dissintonias entre as decisões tomadas e os efeitos pretendidos.

A dialética entre uma ideia mecanicista[870] da economia, que diz que nada se pode fazer porque nenhuma intervenção pode ser operativa face ao determinismo do mercado e que tem um foco na incerteza[871], que assaca ao Estado um dever de não intervir porque não se podem, com exactidão, prever os resultados dessa intervenção, congregam-se para dizer que o Estado se deve abster de intervir.

Importa ultrapassar as visões tradicionais do papel do Estado[872] que o funcionalizam a um dado tipo, rígido, de relação com a Economia e do seu papel na Sociedade.

Como muito bem consagra a Constituição da República Portuguesa o Estado, enquanto detentor do poder político e da legitimidade social que o acompanha nos estados democráticos, deve fazer prevalecer os seus objectivos sobre os do poder económico.

Na actual conjuntura de análise destas matérias assistimos, muitas vezes, a uma quase inversão deste paradigma. Insistimos em avaliar o desempenho do

[870] V. ARAÚJO, Fernando, *Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade*, Almedina, Coimbra, 2001.

[871] V. NUNES, Manuel Jacinto, "A incerteza keynesiana", *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

[872] Cf. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer, *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra Editora, Lisboa, 2007, que identifica, a pp. 166, "três versões históricas do Estado: Estado Liberal, Estado de Providência e Estado Neoliberal.".

poder político face ao (não) impacto deste no andamento da Economia em vez de procurarmos que esta sirva os objectivos democraticamente definidos do poder político.

Especialmente, importa ainda recusar a ideia de que o chamado Estado Neoliberal por si só justifica acreditar que o mercado tem capacidade de se gerir por si só[873]. Ou de criar níveis adequados e justos de bem-estar social[874].

As críticas que deixámos ao tradicional modelo regulatório[875] são pertinentes e úteis mas não esgotam a discussão que se pode e deve ter em torno deste tema[876].

Na definição do papel do Estado na Economia encontramos muitas vezes divergências entre perspectivas adoptadas e diagnósticos feitos.

---

[873] Cf .FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer [2007:166].

[874] Cf. FREIRE, Paula Vaz, "A União Europeia em busca de um modelo de economia social de mercado", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 1030: "O percurso de integração demonstrou a insuficiência da livre concorrência como condição exclusiva de obtenção de níveis desejáveis de bem-estar, por via da maximização da riqueza pelo mercado.".

[875] De forma muitíssimo critica do actual modelo de regulação V. NUNES, Avelãs *As voltas que o mundo dá ... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social,* Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 152.

[876] Cf. CÂMARA, Paulo, "Regulação e Valores mobiliários", *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?,* (org. FERREIRA, Eduardo Paz, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra, 2009. Cf. ainda PEREIRA, José Nunes, *Regulação e supervisão dos mercados de valores mobiliários e das empresas de investimento: alguns problemas actuais*, separata do Boletim de Ciências Económicas, Coimbra, 1997.

Essas divergências podem ser agrupadas, com vantagens, em dois tipos: divergências normativas ou positivas.

As primeiras respeitam a divergências sobre qual deve ser o papel do Estado na Economia, e são apriorísticas.

As segundas respeitam a factos, explicações e previsões e podem, em tese, ser resolvidas através da observação empírica dos fenómenos económicos.

Tomemos como exemplo a questão das externalidades negativas.

A questão de saber se a imposição de um imposto ou taxa sobre o produtor da externalidade tem impacto no nível de produção adoptado, por um lado, e no bem-estar social produzido, por outro, podem ser calculados a partir de medições quantificadas e objectivas antes e depois da adopção da medida em causa.

Resultará das mesmas que a imposição dessa taxa afecta negativamente a eficiência produtiva nesse mercado, sob a forma de perdas absolutas de bem-estar social tal como tratámos atempadamente no ponto 4.2..

Aparentemente, portanto, é uma questão positiva, cuja resolução não oferece dúvidas. Mas a medição destes fenómenos não se faz com isolamento das demais variáveis da Economia e, portanto, os seus resultados podem e devem ser discutidos.

Mesmo que incontroverso, muitos defenderão que a verificação de um impacto negativo na eficiência do mercado não deve afectar a decisão de imposição da taxa com base em outras ordens de consideração.

Porque, dirão, o que está em causa não são meramente considerações de eficiência mas de adequada distribuição dos custos e vantagens de uma dada actividade económica entre os seus agentes, sejam eles produtores ou consumidores, e a sociedade em geral.

Pode ainda salientar-se que equacionar esta discussão sem ter em conta as cada vez mais prementes preocupações de sustentabilidade do desenvolvimento económico bem como o seu papel na conservação do ambiente[877] não pode deixar de merecer um juízo de que estamos perante uma dissociação artificial.

Como se vê, portanto, a partir deste pequeno exemplo, se é útil separar as visões em normativas ou positivas tal exercício não se destina a fazer prevalecer uma delas sobre a outra, uma vez que se influenciam e afectam reciprocamente.

A utilidade do exercício em causa passa, apenas, e já não será pouco, por permitir não "contaminar" um dos passos da discussão com o outro, tendo-os de forma autónoma mas não isolada.

Desde logo tal permite que a segunda parte da discussão possa conhecer alguma objectivação face aos dados observados embora, como fomos defendendo, essa objectivação não seja isenta de dificuldades.

[877] Sobre estas matérias V., por exemplo, os textos recolhidos em SANTOS, Sofia e Rita Almeida Dias, *Sustentabilidade, Competitividade e Equidade ambiental e social*, Almedina, Coimbra, 2008 e FERREIRA, Eduardo Paz, [2004:100 e ss] e, numa perspectiva económica, acentuando o seu papel no domínio da solidariedade intergeracional e na aplicação de ferramentas de análise custo-benefício DOMINGUES, Victor Hugo, *Solidariedade intergeracional e taxa social de desconto*, policopiado, Lisboa, 2009.
Sobre a consagração, no direito positivo português, deste princípio enquanto enformador do Orçamento de Estado V. TEIXEIRA, Maria Manuela Correia Duro, *Justiça intergeracional e finanças públicas*, policopiado, Lisboa, 2005, em especial pp. 30 a 49, que conclui, todavia, pelo escasso impacto prático desta consagração.

# 11. Conclusões

Optamos, nesta secção da dissertação, por nos afastarmos de uma prática que temos visto seguida, e que passa pela repetição, em síntese, de conclusões parciais que vão sendo enunciadas nos vários capítulos de uma dissertação.

Embora se reconheça o mérito dessa metodologia em permitir, num vislumbre, apreender o essencial de uma tese, a verdade é que essa metodologia significa que das conclusões resulta a repetição do já afirmado, sem verdadeiramente se acrescentar valor sensível.

Ademais, dessa metodologia resultam por vezes conclusões algo longas e em que artificialmente se dá o mesmo peso a matérias com importância diversa, fruto da lógica de se apresentarem pontos relativos a todos os capítulos e temas tratados.

Arriscamos, por isso, retomar um modelo porventura mais clássico, de reservar para as Conclusões um verdadeiro texto de síntese (e não repetição) do que se julga ter conseguido retirar do excurso realizado. E em manter esse texto numa dimensão relativamente reduzida, sem que a sua leitura possa "perder" o leitor.

Importa enunciar algumas linhas de força:

a) Questiona-se que a relação entre o Estado e a Economia possa ser definida a partir de uma pré-concepção teórica, procurando-se saber se não deve antes resultar da análise da situação concreta;

b) Tal asserção leva a recusar que existam limitações à adopção de uma ou outra solução, em função do caso concreto (cf. o Capítulo 1);

c) A prevalência de uma visão de livre funcionamento do mercado pode ser a acertada em determinadas circunstâncias e não ser sustentável noutras e o mesmo acontece com a intervenção do Estado;

d) Ambas terão vantagens e inconvenientes e em vez de se discutir se da aplicação generalizada de qualquer uma delas resulta globalmente uma situação mais ou menos adequada, será porventura mais útil procurar qual delas, no caso concreto, é mais apropriada (cf. o Capítulo 2);

e) O actual texto Constitucional caracteriza-se precisamente por uma visão não "fechada" do papel do Estado, admitindo em simultâneo e expressamente, por exemplo, o papel da iniciativa privada e do estado como produtor público, remetendo mesmo para legislação ordinária a definição de quais, se alguns, serão os sectores reservados exclusivamente ao Estado;

f) A evolução da Constituição, aliás, presta testemunho desta mesma realidade, tendo abandonado um modelo originário em que se notava ainda, fruto do período pré-constitucional, uma preferência declarada por um modelo de maior intervenção do Estado na Economia;

g) A evolução daquele modelo originário resultou, numa primeira fase, de factores internos e, numa segunda fase, do contexto da participação de Portugal na União Europeia e na moeda única, apresentando actualmente amplas margens para que a relação entre o Estado e a Economia se possa

fazer em termos substantivamente compatíveis com uma visão de não intervenção;

h) Os Estado, e em especial, Portugal, no contexto da sua participação na União Europeia mas também fruto de uma cada vez maior abertura de fronteiras a nível global, têm cada vez menos instrumentos para intervir quando o entendem necessário (cf. o Capítulo 3);

i) Tal diminui, por si só, a eficácia dessa intervenção o que é diferente de saber se dada intervenção foi eficaz.

j) Por exemplo, se o instrumento clássico para ajustar desíquilibrios em matéria de balança de pagamentos (as políticas monetária e cambial) não está disponível e não foi procurado um equivalente a tentativa de usar a política orçamental ou fiscal para reacção a esses desíquilibrios é sempre, à partida, uma solução sub-óptima, independentemente dos erros que sejam ou não cometidos no desenho e aplicação dessas medidas;

k) Numa outra perspectiva, o funcionamento dos mercados de produção de bens e serviços conhece inúmeras dalhas de funcionamento, que são menos controversas quanto à sua existência do que quanto à forma de as resolver (Cf. o capítulo 4);

l) O equílibrio mais prevalecente encontrado, de tentar combinar gestão privada e regulação pública com quase total exclusão do modelo de produção directa (cf. o Capítulo 5) funciona melhor em situações em que, concretamente, é essa a solução mais ajustada mas a sua generalização, associada à negação implícita do papel da decisão política na definição de

políticas públicas leva a que a avaliação global não possa deixar de ser negativa (cf. o Capítulo 6);

m) A utilização de modelos de regulação económica independente com base em considerações ideológicas e apriorísticas sobre o papel do Estado em vez de em especificidades objectivas dos mercados e/ou objectivos claros de política pública tem evidenciado fragilidades várias, desde logo a não obtenção dos resultados previstos, nomeadamente no que concerne à evolução dos preços;

n) A proliferação do modelo regulatório a inúmeros sectores da actividade económica, especialmente na parte em que transcende os sectores onde existem monopólios naturais (cf. o Capítulo 7) tem trazido ensinamentos quanto aos limites do mesmo;

o) Desde logo, avultam indicações de que serão cada vez mais prementes mecanismos que permitam evitar quer as falhas de regulação em sentido estrito quer que a proliferação de decisores independentes do poder político acabe por significar que partes importantes das políticas públicas são decididas à margem das regras da democracia representativa (cf. o Capítulo 8);

p) Em situações de crise e desequilíbrio podem fazer sentido politicas mais activas, por exemplo, de industrialização mas as mesmas poderão perder eficácia ou mesmo racionalidade em alturas de expansão económica;

q) Existem ainda razões para compreender a necessidade de mecanismos públicos, no âmbito do jogo, por exemplo, por considerações totalmente extra-económicas;

r) A definição do papel do Estado também não pode, por outro lado, deixar de ser variável em função do andamento da economia, erro muitas vezes cometido (cf. o Capítulo 9).

s) É este, por fim, o modelo consagrado na Constituição da República Portuguesa, que em matéria de relação entre o Estado e a Economia admite uma pluralidade de soluções, sendo perfeitamente equacionável face ao texto vigente a implementação de modelos mais ou menos interventivos;

t) Excepto quando a duas situações limite, de total não intervenção, por um lado ou de total propriedade e gestão pública, por outro, o actual arranjo constitucional admite uma gemoteria variável, não só em função do caso concreto como, dentro destes, em função do momento concreto em que se equaciona a decisão (Cf. o Capítulo 10).

A chave para uma melhor definição desta matéria não pode, portanto, deixar de passar por, aproveitando a margem constitucional existente (sem que se recuse dogmaticamente que a evolução do texto constitcuional está permanentemente em curso, e tal como aconteceu no passado continuará a acontecer no futuro) recusar o paradigma da importância da coerência na teoria para a importância da coerência no fim.

Tal passa, entre muitos outros aspectos, por deixar de condicionar as decisões políticas no contexto do cumprimento dos ditames de uma dada teoria económica, e passar a condicionar as decisões de aplicação de teorias económicas aos ditames da decisão política.

Como já se escreveu, mas não será demais abrir uma excepção e repetir nesta sede, as políticas públicas devem ser definidas a partir de decisões políticas, recorrendo ao instrumento de intervenção ou desintervenção que melhor o cumpra, não sendo estas condicionada por uma limitação artificial quanto aos instrumentos que se podem utilizar.

Não está, a final, em causa saber se queremos um Estado Produtor, Regulador ou totalmente Liberal (no sentido económico).

Está em causa, colectivamente, que a comunidade política, através dos mecanismos institucionais existentes, definir qual o resultado que pretende colectivamente obter, apurando-se em seguida qual dos modelos melhor cumpre essa função.

Pragmaticamente, trata-se de procurar soluções em vez de modelos, especialmente quando os modelos têm, invariavelmente, vantangens e inconvenientes vários.

E, por fim, que o mérito ou demérito das decisões políticas não pode ser aferido em função do melhor ou pior cumprimento de uma qualquer teoria mas sim em função da sua capacidade de produzir ou não o resultado colectivamente desejado.

Ou seja, que é verdade que as soluções jurídicas que permitem definir as regras aplicáveis à relação entre o Estado e a Economia têm de voltar a ser, assumidamente, antropocêntricas.

É, por fim, possível concluir que é ou deve ser a satisfação das necessidades humanas que mede o sucesso de uma Economia e não um qualquer desiderato teórico; concomitantemente as soluções jurídicas não valem pela sua

perfeição técnica ou aderência a uma dada escola de pensamento jurídico mas pelo valor que trazem à ordenação da vida em sociedade.

Revisitando o mote da presente dissertação, no tema das relações entre o Estado e a Economia, importa repor a ideia de *res publica* no centro da discussão, remetendo para o local próprio, o de meros instrumentos, os mecanismos de mercado ou as preferências de uma certa tecnocracia que serve de sucedâneo àqueles.

Opção essa que, sendo obviamente, ela própria criticável, permite ao menos apreender com facilidade esta ideia fundamental, que esperemos resultar evidente da leitura da presente dissertação: nas relações entre o Estado e a Economia deve considerar-se a necessidade de manter a Economia ao serviço das pessoas e dos seu *bem-estar* e não o inverso.

# 12. Bibliografia

A bibliografia citada vai ordenada alfabeticamente por referência ao apelido do Autor, e, para cada Autor, cronologicamente e com respeito ao ano da última edição consultada, independentemente de eventuais reimpressões (das quais, todavia, se deixa nota).
As monografias citam-se em itálico; os artigos, entre aspas, seguidos da indicação do periódico ou volume respectivo e, sempre que exista, de informação adicional.
Os artigos eventualmente retirados de sítios da Internet são citados com indicação expressa do facto.

AA.VV.

**1973** *Business and Developing Countries – a study of the role of private Enterprise in Economic Development,* Praeger Publishers, Praga

AA.VV.,

**1991** *Dal Piano Delors all'Unione Economica e Monetaria*, coordenção de Carlo Meriano e Dario Velo, CEDAM, Pádua

AA.VV.,

**1997** *European Economic Union: The Institutional Framework*, Kluwer Law International, Londres

AA.VV.

**1998** *O Impacto do Euro na Economia Portuguesa*, coord. Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa, Ministério das Finanças, Lisboa

AA. VV.

**1999** *Fifty Years of the Deutsche Mark – Central Bank and the Currency in Germany since 1948*, trad. da versão alemã, Oxford University Press, Oxford

AA. VV.

**1999** *The Elgar Companion to Law and Economics*, (ed. Jürgen G. Backhaus), Edward Elgar, Cheltenham

AA.VV.

**1999** *El euro y el dólar*, coord. Fernando Lucero Schmidt e Piero Marietti, Ciudad Argentina, Buenos Aires

AA. VV.

**2000** *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. III, (ed. Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest), Edward Elgar, Cheltenham

AA.VV.

**2000** *A Regulação em Portugal*, Conferências ERSE, ERSE, Lisboa

AA. VV.,

**2002** *The euro and the world, L'euro et le monde*, (coord. Paulo de Pitta e Cunha, Manuel Porto) Almedina, Coimbra

AA. VV.,

**2006** *Regulación, desregulación, liberalización y competência,* Marcial Pons, Madrid

AA. VV.,

**2008** *Mondialisation et droit de la concurrence: les réactions normatives des états face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration,* Actas do Colloque International sur Mondialisation et Droit de la Concurrence, Dijon, Litec, Paris

AA. VV.,

**2010** *Crise, justiça social e finanças públicas* (org. Eduardo Paz Ferreira et al.), Colecção Colóquios IDEFF, Almedina, Coimbra

AA. VV.

**2011** *Estudos sobre regulação e crises dos mercados financeiros* (ed. Aurilivi Linares Martínez e A. Saddy), Lumen Juris, Rio de Janeiro

AA. VV.,

**2011** *25 anos na União Europeia: 125 reflexões*, (coord. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra

AA. VV.,

**2012** *Portugal, a Europa e a crise económica e financeira internacional*, Conferência organizada no ISEG em sessão de homenagem ao Professor Doutor António Romão, em 8 de Março de 2012, Almedina, Coimbra

ABBOTT, Diane,

**2000** "The Case against Maastricht model of Central Bank Independence", *The Impact of the Euro – Debating Britains Future*, MacMillan Press Limites, Londres

ADAMSON, John E.

**1995** *Basic Law and the Legal Environment of Business*, Irwin, Chicago

ADMATI, Anat

Martin Hellwig,

**2013** "Does Debt Discipline Bankers? An Academic Myth about Bank Indebtedness", Institute for New Economic Thinking (INET) Research Note 024

AHIJADO, Manuel,

**1998** *A União Económica e Monetária Europeia – Mitos e Realidades*, trad. de Carlos Aboim de Brito, Publicações D. Quixote, Lisboa

AHIJADO QUINTILLÁN, Manuel e
Miguel Navascués Guillot

**1999** *Uniones monetarias en Europa – Lecciones históricas para la Unión Económica e Monetária Europea*, Ediciones Pirámide, Madrid

AHIJADO QUINTILLÁN, Manuel e
Rubén Osuna Guerrero

**1999** *Union Económica y Monetaria Europea – La ampliation al Este*, Volumes I e II, Ediciones Pirámide, Madrid

ALLAIS, M.

**1945** *Economie pure & rendement social*, Librairie du Recueil, Sirey

ALONSO, Fernando,
Javier Wrana
Maria José Cano,

**2000** *Monedas, Uniones Monetarias e instrumentos de pago en el comercio exterior*, Dykinson, Madrid

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira,

**1989** *A Política Monetária nas Comunidades Europeias*, Coimbra Editora, Coimbra

ALVES, Rui Henrique,

**1996** *Políticas Fiscais Nacionais e União Económica e Monetária na Europa,* Instituto Mercado de Capitais, Porto

ALVIM, Mariana de Sousa e

**2004** *A constitucionalização da política social europeia*, policopiado, Lisboa

AMADOR, Olívio Mota

**2012** "O sistema orçamental português em mutação", *in* Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano V, Número 1, Almedina, Coimbra

AMATO, Giuliano

**1997** *Antitrust and the Bounds of Power –the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart Publishing, Oxford

ANASTÁCIO, Gonçalo

**1998** "A viabilidade do Euro", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIX, n.º 1, Coimbra Editora, Lisboa

**2009** "Regulação da Energia", *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, (org. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra

ANGELOPOULOS, Angelos

**1953** *Planisme et Progrès Social*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris

ANNETT, Anthony,

JORG Decressin,

Michael Deppler

**2005** "Reforming the Stability and Growth Pact", *IMF Policy Discussion Paper*, International Monetary Fund

ANTOINE, CH.

**1921** *Cours d'économie Sociale*, 6.ª edição, Librairie Félix Alcan, Paris

ANTUNES, Tiago

**2006** "Agilizar ou mercantilizar?: o recurso a instrumentos de mercado pela Administração pública - implicações e consequências"*, Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Coimbra Editora, Lisboa*

**2012** "Reflexões constitucionais em tempo de crise económico-financeira" *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra

ARAGÃO, Alexandre Santos de

**2002** *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo económico*, Editora Forense, Rio de Janeiro

ARAÚJO, Fernando

**1998** "Pressupostos da previsão económica", separata da *Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa

**2000 (a)** "A retórica da Economia. Os desafios de McCloskey", separata dos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Volume II, AAFDL, Lisboa

**2000 (b)** *Economia política*, relatório, policopiado, Lisboa

**2001 (a)** *Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade*, Almedina, Coimbra

**2001 (b)** *O ensino da Economia Política nas Faculdades de Direito (e algumas reflexões sobre pedagogia universitária*, Almedina, Coimbra

**2007** Teoria Económica do Contrato, Almedina, Coimbra

**2012** Introdução à Economia, reimpressão da 3.ª edição (2005), Almedina, Coimbra

ARCHER, Clive

Fiona Butler

**1996** *The European Union – Strucuture and Process*, 2.ª Edição, Pinter, Londres

AREEDA, Phil

Don Turner

**1975** "Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, n.º 88

ARIÑO, Gaspar

**1993** *Economía Y Estado – Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid

ARMSTRONG, Kenneth A.

**2000** *Regulation, deregulation, re-regulation*, Kogan Page, Londres

ARMSTRONG, Mark

Simon Cowan

John Vickers

**1999** *Regulatory reform: economic analysis and British experience*, 5.ª Edição, MIT Press, Massachusetts

ARMSTRONG, Mark

**2001** "Regulation and inefficient entry: economic analysis and the British Experience", *The Anticompetitive Impact of Regulation*, (eds, Giuliano Amato e Laraine L. Laudati), Edward Elgar, Cheltenham

ARNOTT, Richard

Joseph Stiglitz

**1990** "The welfare economics of moral hazard", *Risk, information, and insurance - Essays in memory of Karl H. Borch*, Kluwer, (ed. Henri Loubergé ), Kluwer Academic Publishers, Dordreach, republicado *in Welfare Economics*, vol. II, (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001

ARTHUR W. Brian,

**2013** *Complexity Economics* Oxford University Press, Oxford

ASCENSÃO, José de Oliveira

Luís D. S. Morais,

**2010** "A fixação dos preços dos medicamentos genéricos: questões de direito industrial e direito da concorrência", separata de Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia, Volume 3, Almedina, Coimbra

ATANÁSIO, João,

**1997** *A união económica e monetária de Maastricht: o primado da convergência nominal sobre a convergência real*, policopiado, Lisboa

ATKINSON, Anthony B.

Joseph E. Stiglitz

**1980** *Lectures on Public Economics*, McGraw-Hill Book Company, Londres

AUERBACH, Alan J.

Martin Feldstein (editors),

**1985** *Handbook of public economics* North-Holland, Amsterdão

AUTIN, Jean-Louis

**1988** "Du juge administratif aux autorités administratives indépandantes – un autre mode de régulation", *Revue de Droit Publique et de la science administrative en France et à l'étranger*, Paris

AVERCH, Harvey
Leland L. Johnson

**1962** "Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint", *American Economic Review*, vol LII, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics*, vol.II, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998

AXELROD, Robert,

**1984** *The Evolution of Cooperation,* Basic Books, Nova Iorque

**1997** *The complexity of cooperation – agent-based models of competition and collaboration,* Princeton University Press, Princeton

AYRES, Ian
John Braithwaite

**1994** *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford

AZEVEDO, Fernando Costa de

**2002** *Defesa do consumidor e regulação – a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação se serviços públicos*, Livraria do Advogado, Porto Alegre

AZEVEDO, Maria Eduarda,

**2009** *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública*, Almedina, Coimbra

BACKHOUSE, Roger E.

Jeff Biddle

**2000** *Related Disciplines: the Professionalization of Public Choice Analyses - Towards a History of Applied Economics*, Duke University Press, Durham

BACKHOUSE, Roger E.

Philippe Fontaine (org.)

**2010** *The unsocial social science?: economics and neighbouring disciplines since 1945*, Suplemento de History of Political Economy, Volume 42, Duke University Press, Londres

BAGHERI, Mahmood

Chizu Nakajima

**2002** "Optimal level of financial regulation under the gats: regulatory competition and cooperation framework for capital adequacy and disclosure of information", *Journal of International Economic Law*", Oxford University Press, Oxford

BALASSONE, Fabrizio

Daniele Franco

**2000** "Public Investment, The Stability Pact and The 'Golden Rule'", *Fiscal Studies, vol. 21, n. º 2, pp. 207 a 209*, Institute for Fiscal Studies, Roma

BALDWIN, Robert

Martin Cave

**1999** *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford

BANI, Elisabetta

**2000** *Il potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti – spunti per un'analisi unitaria*, G. Giappichelli Editore, Turim

BÁRCENA, Julio Río,

**1998** *125 cuestiones sobre el euro y la Unión Monetaria*, Ediciones Pirámide, Madrid

BARNES, David W.,
Baron, David P.
Roger B. Meyerson

**1982** "Regulating a monopolist with unknown costs", *Econometrica*, vol. 50, n.º 4, republicado *in The principal agent model: The economic theory of incentives*, (eds. Jean-Jackes Laffont), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 162, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003

BARROSO, Ivo Miguel,

**2012** "Pré-compreensão: para uma reabilitação dos «preconceitos» na metodologia das ciências sociais, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra

BARON, David P.
David Besanko

**1984** (a) "Regulation, Asymmetric Information, and Auditing", *Rand Journal of Economics*, vol. 15, n.º 4, republicado *in The principal agent model: The economic theory of incentives*, (eds. Jean-Jackes Laffont), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 162, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003

**1984** (b) "Regulation and information in a continuing relationship", *Information Economics and Policy*, vol 1, n.º 3, republicado *in The principal agent model: The economic theory of incentives*, (eds. Jean-Jackes Laffont), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 162, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003

BARROS, Pedro P.

M. Carmo Seabra

**1997** *Universal Service: Does Competititon Help or Hurt?*, policopiado, Working Paper n.º 297, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Economia, Lisboa

BARTEL, Ann P.

Lacy Glenn Thomas

**1987** "Predation through regulation: the wage and profit effects of the occupational safety and health administration and the environmental protection agency", *Journal of Law and Economics*, vol. XXX, n.º 2, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics*, vol.III, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998

BASTOS, Fernando Loureiro

**2006** "A União Europeia e a União Africana – Pode um puzzle de que não se conhece a imagem final servir de modelo à integração do continente africano?", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

BATEMAN, Bradley

H. Spencer Banzhaf (org.),

**2008** *Keeping faith, losing faith: religious belief and political economy*, suplemento de History of Political Economy, Volume 40, Duke University Press, Londres

BATOR, Francis M.

**1958** "The Anatomy of Market Failure", *Quarterly Journal Of Economics*, vol. LXXII, republicado *in Welfare Economics*, vol. II, (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001

BAUDIN, Pierre

**1910** *Le budget et le deficit*, Édouard Cornély, Paris

BAUMOL, William J.

Alan S. Blinder

**2000** *Economics*, 8.ª Edição, Harcourt College Publishers, Fort Worth

BAUMOL, William J.,

John C. Panzar,

Robert D. Willig

**1982** *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt College Publishers, Nova Iorque

BEALES, Howard

Richard Craswell

Steven C. Salop

**1981** "The efficient regulation of consumer information ", *Journal of Law & Economics*, Ano 24, n.º 3, University of Chicago Press, republicado *in Regulation, Economics and the Law*, (ed. Anthony I. Ogus), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 137, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001

BEMPT, Paul van de,

**1993** "The Impact of Economic and Monetary Union on Member States Fiscal Policies", *Ecomonic and Moentary Union: Implicatrions for National Policy Makers,* coord. Kalus Gretschmann, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht

BENEDETTO, Maria de

**2000** *L'autorità garante della concorrenza e del mercato – organizzazione, poteri, finzioni*, Il Mulino, Bolonha

BENSTON, George J.
George G. Kaufman

**2001** *The appropriate role of bank regulation*, “The Regulation and Supervision of Banks”, Volume I, Edward Elgar, Cheltenham

BERMANN, George A.

**1997** “Regulatory Federalism: European Union and United States”, *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, Haia

BIGGAR, Darryl

**2001** “When should regulated companies be vertically separated?”, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, (eds, Giuliano Amato e Laraine L. Laudati), Edward Elgar, Cheltenham

BILHIM, JOÃO

**2000** “Reduzir o insustentável peso do Estado para aumentar a leveza da Administração”, *Revista de Administração e Políticas Públicas*”, Vol. I, nº 2, Braga

BISHOP, Simon
Mike Walker

**2002** *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Londres

BLAUG, Mark

**1994** *A metodologia da economia ou como os economistas a explicam*, 2.ª edição (revista), (trad. de Victor Calvete), Gradiva, Lisboa

BLUM, Françoise,

**2000** “The recent case law of the European Court of Justice on State monopolies and its implication for network industries”, *Journal of Network Industries*, n. º 1, Kluwer Law International, Haia

BOSCHECK, Ralf

**2002** “The nature of regulatory contracts: the case of the water industry in England & Wales”, *World Competition*, Vol. 25, n.º 3, Aspen Publishers, Dordrecht

BOUDREAUX, Don

Robert B. Ekelund

**1987** “Regulation as an exogenous response to market failure: a Neo-Schumpeterian response”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. XI, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics*, vol. III, (eds. Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998

BOUMANS, Marcel,

Ariane Dupont-Kieffer

Duo Quin (org.),

**2011** *Histories on econometrics*, suplemento de History of political economy, volume 43, Duke University Press, Durham

BOUVIER, Michel,

Marie-Christine Esclassan

Jean-Pierre Lassale,

**2006** *Finances Publiques,* 8.ª Edição, LGDJ-EJA, Paris

BOWLES, Roger

**1985** *Diritto e Economia*, Il Mulino, Milão

BOY, Laurence

**2001** "Réflexions sur «le droit de la régulation»: à propos du texte de M.-A. Frison-Roche", *Recueil Le Dalloz,* Cahier droit des affaires, Dalloz, Paris

BOYFIELD, Keith

**1994** *The Politics of Regulation*, European Policy Forum, Londres

BRANSON, William H.,

**1990** *Financial Market Integration, Macroeconomic Policy and the EMS*, discussion paper nº 385, CEPR, Londres

BRATTON, William

Joseph McCahery

Sol Picciotto

Colin Scott

**1996** *International Regulatory Competition and Coordination – perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Clarendon Press, Oxford

BRENNAN, Timothy J.

**1991** "Entry and Welfare Loss in Regulated Industries", *Competition and the Regulation of Utilities*, (ed. Michael A. Crew), Kluwer Academic Publishers, Boston

BREYER, Stephen

G.Richard

B. Stewart

**1992** *Administrative law and regulatory policy: problems, text and cases*, 3.ª edição, Little, Brown and Company, Londres

BRITO, Wanda Ferraz de

**2002** *O princípio da subsidiariedade e a política económica na UEM – Contributo para a definição da relação jurídica EU/Estados membros em sede de ajuda comunitária*, Relatório de Mestrado no âmbito do Curso de Ciências Jurídico-Comunitárias, policipopiado, Lisboa

BROCARD, Lucien

**1934** *Les conditions générales de L'activité Économique*, *Recueil Sirey*, Paris

BROWN, Charles Victor
Peter McLeod Jackson,

**1990** *Public sector economics*, 4.ª Edição, Blackwell, Londres

BRUCK, Tilman
Rudolf Zwiener,

**2004** "Fiscal policy Rules for Stabilisation and Growth: A Simulation Analysis of deficit and Expenditure Targets in a Monetary Union", German Institute for Economic Research, Berlim

BRUE, Stanley L.

**2000** *The Evolution of Economic Thought*, 6.ª edição, The Dryden Press, Hinsdale

BRUNEKREEFT, Gert,

**2002** "Regulation and Third-Party Discrimination in the German Electricity Supply Industry", *European Journal of Law and Economics*, n.º 13, Kluwer Academic Publishers, Holanda

BUCHANAN, James M.

**1995** "Rent seeking and profits seeking", *The economic analysis of rent seeking,* The International Library of Critical writing in Economics, Edward Elgar, Cheltenham

BUIGUES, P. A.
O. Guersent
J.F. Pons

**2001** "Alternative models for Future Regulation", *Regulation of Network Utilities – The European Experience*, (ed. Claude Henry, Michel Matheu, Alain Jeunemaître), Oxford University Press, Oxford

BURGENMEIER, BEAT,
Harayama,Yuko., &
Wallart, Nicolas,

**1997** *Théorie et pratique des taxes environnementales*, Economica, Paris

BURROWS, Norren
Charles Wolfson

**2000** "Regulating Business and the Business of Regulation: The encouragement of business-friendly assumptions in regulatory agencies", *Regulation and Markets Beyond 2000*, (ed. Laura Macgregor, Tony Prosser e Charlotte Villiers), Ashgate, Darmouth

CABO, Sérgio Gonçalves do

**2009** "Regulação e Concorrência no sector das comunicações electrónicas" *in* Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?, (org. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra

CABRAL, Luís M. B.

**2000** *Introduction to industrial organization*, The MIT Press, Massachusetts

CABRAL, Nazaré da Costa

**1997** "O princípio de desregulação e o sector bancário", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, FDUL, Lisboa

**2002** "A redistribuição económica – Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas", AAFDL, Lisboa

**2008** *Programação e decisão orçamental: da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade económica,* Almedina, Coimbra

CADILHE, Miguel,

**1990** "Luzes e Sombras da União Económica e Monetária", *Revista da Banca,* N.º 16, Lisboa

CAL, Arianne

Brito Rodrigues

**2003** *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*, Renovar, Rio de Janeiro

CALVETE, Victor,

**2012** "Entidades Administrativas independentes: smoke & mirrors" *in* Revista de Concorrência e Regulação, Ano 2, -Números 7-8, Almedina, Lisboa

CALVO HORNERO, Antonia,

**2000** *La Unión Europea – Mecanismos fanceiros e moeda única*, Edições Pirámide, Madrid

CÂMARA, Paulo,

**2009** "Regulação e Valores mobiliários", *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?,* (org. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra

CAMERON, Peter

**2002** *Competition in energy markets – Law and regulation in European Union*, Oxford University Press. Oxford

CANOTILHO, José Joaquim Gomes

**2003** "Existe um direito constitucional da regulação?", *Revista do Advogado*, Livraria do Advogado Editora, São Paulo

CARABBA, Manin

**1966** *L'intervento degli enti locali nella economia – problemi giuridici*, Giuffré Editore, Milão

CARDOSO, José Lucas

**2002** *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra

CARNEVALE, Maria
Adelaide Venchi

**1999** *Diritto Pubblico dell'economia*, volume I, Cedam, Milão

CARTOU, Louis,

**1975** *Communautés européennes*, 5ª edição, Dalloz, Paris

CARULLO, Antonio,

**2005** *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 3.ª edição, CEDAM, Pádua

CASSESE, Sabino,

**2005** *La nuova constituzione económica: lezioni*, Laterza, Roma

CASTRO, Jorge,

**1999** "Hacia la moneda única del Mercosur", *El euro y el dólar*, coord.. Fernando Lucero Schmidt e Piero Marietti, Ciudad Argentina, Buenos Aires

CATARINO, Luís Guilherme,

**2009** *Informação: utopia: realidade e intervenção pública*, Wolters Kluwer, Lisboa, Separata de Direito dos Valores Mobiliários, Vol. 10, pp. 65-112.

CAVE, Martin

Roger Mills

**1992** *Cost Allocation in Regulated Industries*, Centre for the Study of Regulated Industries/Public Finance Foundation, Londres

CAVES, Richard

**1987** *American Industry: structure, conduct, performance*, 6.ª Edição, Prenctice-Hall, New Jersey

CAZORLA Prieto, Luis María

**2006** *Derecho financiero y tributario: parte general*, 7.ª Edição, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra)

CHALMERS, Damiam

Eirka Szyszczak,

**1998** *European Union Law*, Volume II, Ashgate Publishing Ltd., Hants

CHEUNG, Steven N. S.

**1973** "The fable of the bees: an economic investigation", *Journal of Law and Economics*, vol. XVI, n.º 1, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics*, vol.II, (eds. Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998

CHEVALLIER, Jacques

2001 "La régulation juridique en question", *Droit et Société*, n°149, Paris

CHICK, Martin,

1993 "Nationalization and the background to recent regulatory issues", *Industrial economic regulation* (ed. lit. Roger Sugden) Routledge, Londres

CHIESI, Antonio
Alberto Martinelli

1989 "The representation of business interests as a mechanism of social regulation", *State, market and social regulation – New perspectives on Italy*, (ed. Peter Lange and Marino Regini), Cambridge University Press, Cambridge

CHITI, Mario P.
Guido Greco

1999 "The institutional profile and powers of the utility regulator", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Giuffrè Editore, Milão

CHURCH, Jeffrey
Roger Ware

2000 *Industrial Organization – A Strategic Approach*, Irwin/McGraw-Hill, Boston

CLARKE, Michael

2000 *Regulation – the social control of business between law and politics*, Macmillan Press LDT, Hampshire

COASE, R. H.

1946 "The marginal cost controversy", *Economica*, vol XIII, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics*, vol.I, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998

**1960** *The problem of social cost*, “Journal of Law and Economics”, vol III, republicado *in Law and Economics*, vol.I, (eds.Richard A. Posner e Francesco Parisi), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 81, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1997

COLANDER, David C.

**1995** *Microeconomics*, 2.ª edição, Irwin, Boston

COLLIER, Ute

**1998** *Deregulation in the European Union – Environmental perspectives – Epilogue*, , Routledge, Londres

COLLINGE, Robert
A.Wallace
E. Oates

**1996** “Efficiency in pollution control in the short and long runs: a system of rental emission permits”, *The Economics of Environmental Regulation* (ed. Wallace E. Oates), Edward Elgar, Cheltenham

COLSON, Jean Philippe,

**2001** *Droit public économique,* 3.º Edição, L.G.D.J., Paris

CONGDON, Tim

**1997** “Why the Euro will fail”, *The Euro*, ed. Paul Templeton, John Wiley & Sons, Chichester

CONNOLLY, Bernard,

**1998** “Moeda Única: um passo em falso”, *O Desafio Europeu – Passado, Presente, Futuro*, (coord. João Carlos Espada), Principia, Cascais

COOTER, Robert
Thomas Ulen
**1998** *Law and Economics*, Harper Collins Publishers

CORDEIRO, António Menezes
**1986** *Direito da Economia*, AAFDL, Lisboa

CORREIA, Carlos Pinto,
**2010** "O novo regime do sector empresarial do Estado e o direito comunitário" in *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra

COUTINHO, Luís Pereira,
**2012** "Os direitos sociais e a crise: algumas notas", *in* Direito & Política – Law & Politics, Diário de Bordo, Loures

CREW, Michael A.
Crocker Keith J.
**1991** "Diversification and Regulated Monopoly", *Competition and the Regulation of Utilities*, (ed. Michael A. Crew), Kluwer Academic Publishers, Boston

CREW, Michael A.
Michael R. Frierman
**1991** "Information Economics and new forms of Regulation", *Competition and the Regulation of Utilities*, (ed. Michael A. Crew), Kluwer Academic Publishers, Boston

CROZET, Yves
**1997** *Analyse économique de l'État*, 2.ª Edição, Armand Colin, Paris

CUNHA, Carolina,

**2004** "Profissões liberais e restrições da concorrência", *Estudos de Regulação pública I, (org. Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra*

CUNHA, Paulo de Pitta e,

**1979** "A Candidatura de Portugal e a União Económica e Monetária", *Revista Jurídica*, n.º 1, AAFDL, Lisboa

**1985** "A experiência do Sistema Monetário Europeu", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*,Volume XXVI, Lisboa

**1990** "A consagração da alteração cambial como instrumento normal de política económica", *Integração Económica – Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários,* Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa

**1995** "A Revisão Institucional e a Convergência Económica – Problemas dos Pequenos e Médios Estados Membros", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVI, n.º 1, Coimbra Editora, Lisboa

**1996** "A União Económica e Monetária e o Objectivo da Moeda Única", *Revista da Banca*, n.º 38, Lisboa

**2000 (a)** "The flimness of the Euro: a currency without a state", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* Volume XLI, n.º 2, Coimbra Editora, Lisboa

**2000 (b)**"O Euro", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* Volume XLI, n.º 2, Coimbra Editora, Lisboa, 2000

**2009 "**The domestic crisis and international crisis", Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume 50, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, Lisboa (2009)

**2012** "A crise da dívida soberana e o Tratado de Lisboa", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Coimbra Editora*, Coimbra

DE LÉON, Ignacio

**2002** "The limits of open access on a regulatory yardstick in the regulation of utilities in Latin America", *World competition: law and economics review*, Dordrecht

DE PREZ, Paula

**2002** "Self-regulation and paragons of virtue: the case of fitness to practice", *Medical Law Review*, Oxford

DEZOBRY, Guillaume,

**2009** *La théorie des facilités essentielles: essentialité et droit communautaire de la concurrence,* LGDJ, Paris

DEMSETZ, Harold

**1968** "Why regulate utilities?", *Journal of Law and Economics*, vol. XI, republicado *The Foundations of Regulatory Economics*, vol.II, (eds. Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998

**1977** "The Trust Upon Which Antitrust Stands", Antitrust Law Journal, n.º 46, American Bar Association, Chicago

DENIS, Henri

**1966** *Histoire da la Pensée Écomique*, Presses Universitaires de France, Paris

DENIS-JUDICIS, Xavier

Jean-Pierre Petit

**1998** *Les privatizations*, Editions Montechrestien, Paris

DEUBNER, Christian,

**2006** "A Dynamic Perspective for the Reform of the Stability and Growth Pact", *CEPII, Working Paper No 2006-06*, CEPII, Centre D'Études Prospectives et D'Informations Internationales, Paris

DIAS, Eduardo Rocha

2001 (a) *Atividade administrativa concernente à regulação dos fundos de pensões e das entidades de previdência privada em Portugal e no Brasil – relatório de doutorado*, Policopiado, FDL

2001 (b) A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente a regulação administrativa da economia – relatório de doutorado, Policopiado FDL

DIAS, Manuel Cotta

**1973** *Desenvolvimento Económico no "Estado Social"*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa

DIMITRAKOPOULOS, D.L.
Miles E. Page
R. Wurzel

**1998** *Better Regulation of utilities in Europe*, European Policy Forum, Londres

DNES, Anthony W,

**1997** "The Future of the British Post Office", *European Journal of Law and Economics*, n.º 4, Kluwer Academic Publishers, Haia

DOMINGUES, Victor Hugo,

**2009** *Solidariedade intergeracional e taxa social de desconto*, policopiado, Lisboa

DONÁRIO, Sónia,

**2010** "O Tratado de lisboa e as duas faces da UEM", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra

DONY, Marianne,

**1999** *L'Union Européenne et le monde après Amsterdam*, Universite de Bruxelles, Bruxelas

DOUAT, Étienne

Xavier Badin

**2006** *Finances publiques: finances communautaires, nationales, sociales et locales*, 3.ª Edição, Presses Universitaires de France, Paris

DOURADO, Ana Paula,

**2010** *Lições de direito fiscal europeu: tributação directa,* Coimbra Editora, Coimbra

DOYLE, Chris

**2000** "Local loop unbundling and regulatory risk", *Journal of Network Industries*", Kluwer Academic Publishers, Haia

DUARTE, António Pinto,

**2000** "Notas sobre o conceito e o regime jurídico das empresas públicas", in *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra

DUARTE, Rita Netto de Miranda,

**1996** *O SME: Estabilidade e Crises – Em busca das determinantes fundamentais da credibilidade do Sistema Monetário Europeu*, Centro de Informação Jacques Delors, Lisboa

DUNNETT, Andrew

**1998** *Understanding the market – an introduction to microeconomics*, 3.ª edição, Addison Wesley, Longman

DUNNET, D.R.R.,

**1994** "Economic and Monetary Union", *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing, Chichester

DUQUE, João

**1999** "A regulação do sistema de valores mobiliários: uma abordagem pela teoria financeira", *Cadernos do mercado de Valores Mobiliários*, CMVM, Lisboa

DUSTMANN, Christian,
Bernd Fitzenberger,
Uta Schönberg, e
Alexandra Spitz-Oener,

**2014** "From Sick Man of Europe to Economic Superstar: Germany's Resurgent Economy." *Journal of Economic Perspectives*, Volume 28, n.º 1, pp. .167-88, American Economic Association, Nashvile

DUTRA, Pedro

**2003** *Livre Concorrência e Regulação de mercados – Estudos e Pareceres*, Renovar, Rio de Janeiro

DUTZ, Mark
Aydin Hayri

**2001** "Inappropriate regulation and stifled innovation in the road freight industry: lessons for policy reform", *The Anticompetitive Impact of Regulation*, (eds, Giuliano Amato e Laraine L. Laudati), Edward Elgar, Cheltenham

DYSON, Kenneth e
Kevin Featherstone,

**1999** *The Road to Masstricht – Negotiating Eonomic and Monetaryt Union,* Oxford University Press, Oxford

EBERLEIN, Burkard,

**2001 "**To Regulate or not to regulate electricity: explaining the German sonderweg in the EU context", *Journal of Network Industries*, n.º 2, Kluwer Law International, Haia

EIJFFINGER, Sylvester C. W.
Jakob de Hann,

**2000** *European Monetary and Fiscal Policy*, Oxford University Press, Oxford

EISNER, Marc Allen
Jeff Worsham
Evan J. Ringquist

**2000** *Contemporary Regulatory Policy*, Lyenne-Rienner Publishers, Londres

ERICKSON, Christopher L.

**1995** "Wage Differentials: a Comparison of the European Union and the United States", *Monetary Fiscal Policy In An Integrated Union*, (dir. Jürgen von Hagen), Springer Editors, Heidelberg

ESTRADA, Javier

**1996** "Insider trading: regulation, securities markets, and welfare under risk aversion", *Essays in Law and Economics III*, (ed. Dirk Heremans, Herman Cousy), Maklu Uitgevers, Antuérpia

EUCKEN, Walter

**1998** *Os fundamentos da Economia Política*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa

ESTY, Daniel C.

**2000** "Regulatory competition in focus", *Journal of international economic law*, Oxford University Press, Oxford

FAIRBAIRN, David Stewart

**2003** "Insider – dealing regulation in the United Kingdom and Germany: comparing regulation policy on the implementation of key aspects of the EC Insider Dealing Directive", *International and comparative corporate law journal*, Dordrecht

FARBER, Daniel A.
Philip P. Frickey

**1991** *Law and Public Choice – a critical introduction*, The University of Chicago Press, Chicago

FAURE, Michael
Goran Skogh

**2003** *The Economic Analysis of Environmental Policy and Law – an introduction*, Edward Elgar, Cheltenham

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer,

**2007** *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, Coimbra Editora, Lisboa

FENOULHET, Timothy R.

**2001** "La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l´information? ", *Revue du marché commun et l'Union Européenne*, Paris

FERNANDO, Pablo
Marcos M.

**2000** *El poder regulador del mercado de las Telecomunicaciones*, "El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo", S/E, Valencia

FERRÉ, Montserrat,

**2004** "Multilateral surveillance in the Stability and Growth Pact: an analysis through information sharing", *Economics Bulletin*, *vol. 5, n.º 15, pp. 1 a 7*, Universitat Rovira i Virgili, Roma

FERREIRA, Marco Capitão

**2005** *A Regulação Económica como instrumento de (des)intervenção do Estado na Economia*, policopiado, Lisboa

**2013** "One size fits none", *A Austeridade Mata? A Austeridade Cura?* (Organização Eduardo Paz Ferreira), Lisbon Law School Editions, Lisboa

FERREIRA, Eduardo Paz

**1996** "A Constituição Económica de 1976: «que reste-t-il de nous amours»", *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), Volume I, Coimbra Editora, Coimbra

**1997** "A Constituição Económica e a União Económica e Monetária: da construção do socialismo ao credo monetarista", separata de Em torno da Revisão do Tratado da União Europeia, Almedina, Coimbra

**1999 (b)** *União económica e monetária: um guia de estudo*, Quid Juris, Lisboa

**2000 (a)** "Algumas considerações sobre o papel do monopólio público do jogo no quadro das modernas finanças públicas", separata de *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra Editora, Lisboa

**2000 (b)** "Aspectos gerais do novo regime do Sector Empresarial do Estado", separata de *Estudos sobre o novo regime do Sector Empresarial do Estado*, Almedina, Coimbra

**2001 (a)** "Em torno das constituições financeira e fiscal e dos novos desafíos na área das finanças públicas", separata de *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa*, AAFDL, Lisboa

**2001 (b)** Sectores estratégicos e intervenção do Estado no mercado dos valores mobiliários, Coimbra Editora, Coimbra

**2003** *Direito da Economia*, (reimp), AAFDL, Lisboa

**2004** *Valores e Interesses, Desenvolvimento Económico e Política Comunitária de Cooperação*, Almedina, Coimbra

**2010 (a)** "Serviços de interesse económico e europa social: o caso das telecomunicações", separata de *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Volume 4, p. 603-618, Almedina, Coimbra

**2010 (b)** "Em torno da regulação económica em tempos de mudança", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, Número 1, Almedina, Lisboa, 2010

**2012** "A crise do Euro e o papel das finanças públicas", *Finanças Públicas da União Europeia*, (Coord. João Ricardo Catarino e José F.F. Tavares), Almedina, Coimbra

FERREIRA, João Pateira,

**2007** FERREIRA, João Alexandre Pateira, *A União Económica e Monetária e a disciplina das finanças públicas: rigidez e flexibilidade na nova constituição financeira*, policopiado, Lisboa

**2010** "Questões fundamentais da Constituição Monetária Europeia", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra

FERREIRA, Sérgio de Andréa

**2003** "Direito da Regulação Económica: A experiência Brasileira", *Globalização e Direito*, *Stvdia Ivridica*, n.º 73 – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra

FÉTEIRA, Lúcio Tomé,

**2010** "Regulation 1/2003 and the interplay between european and national competition laws", separata de *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, Volume 4, Almedina, Coimbra, pp. 639-668

FIGUEIRA, João Luis

**1999** "A supervisão e a regulação dos mercados de Valores Mobiliários e as relações internacionais", *Cadernos do mercado de valores mobiliários*, CMVM, Lisboa

FILHO, Calixto Salomão

**2002** *Regulação e concorrência (Estudos e Pareceres)*, Malheiros Editores, São Paulo

FONSECA, António (organ.)
Débora Andrade Capp
Jaqueline Mainel Rocha
Leonardo de Brito
S. Neves

**2003** *Limites Jurídicos da regulação e defesa da concorrência*, Sergio António Fabris Editor, Porto Alegre

FONSECA, Margarida Rosado da
Luís do Nascimento Ferreira

**2009** *O procedimento de controlo das operações de concentração de empresas em Portugal: a prática decisória da Autoridade da Concorrência, à luz da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho*, Almedina, Lisboa

FORTUNA, Vasco N.P.,

**1958** "Metodologia das Ciências Económicas", *Colóquios sobre Metodologia das Ciências Sociais*, colecção Estudos de Ciências Políticas e Sociais, Ministério do Ultramar, Centro de Estudos Políticos e Sociais, Lisboa

FRANCIS, John G.

**1993** *The Politics of Regulation – A Comparative Perspective*, Blackwell, Oxford

FRANCO, António L. De Sousa

**1992** *Noções de direito da economia*, AAFDL, Lisboa

**1997** (a) "Concorrência", *Enciclopédia Verbo*, Tomo V, Verbo Editora, Lisboa

**1997** (b) *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Volume I, 4.ª Edição (5.ª reimp.), Almedina, Coimbra

FRANCO, António L. De Sousa

Guilherme de Oliveira Martins,

**1993** *A Constituição Económica: ensaio interpretativo*, Almedina, Coimbra

FRANCO, Raquel,

**2009 (a)** *Crónica de uma crise anunciada: contributo para uma análise do papel dos factores psicológicos nos mercados financeiros*, policopiado, Lisboa

**2009 (b)** *A relevância da informação nos mercados financeiros e o papel das agências de notação de risco de crédito,* policopiado, Lisboa

FREIRE, Paula Vaz

**2006** "A produção privada de bens públicos" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

**2008** "A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência", separata de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume 49, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, Lisboa

**2010 (a)** "O reforço da análise económica na avaliação dos auxílios estatais com o mercado comum", separata de *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correira*, Coimbra Editora, Coimbra

**2010 (b)** "A União Europeia em busca de um modelo de economia social de mercado", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra

**2012** "A nova governação económica da União Europeia", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra

FREITAS, Tiago Fidalgo de

**2006** "O princípio da proibição de retrocesso social" *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, Coimbra Editora, Lisboa

FRIEDMAN, David D.,

**2000** *Law's Orders – What Economics has to do with law and why it matters*, Princeton University Press, Princeton

FRIEDMAN, Lee S.

**2002** *The Microeconomics of Public Choice Analysis*, Princeton University Press, Princeton

GALBRAITH, John Kenneth

**1972** *The New Industrial State*, 2.ª edição, Andre Deutsch

GANTZIAS, George

**2001** *The dynamics of Regulation: Global control, local resistance*, Ashgate Publishing, Hants

GARCIA, Morato

Lúcia Lopez

Gaspar Ariño Ortiz

**2001** *Derecho de la competencia en sectores regulados – fusiones y adquisiciones control de empresas y poder político*, Editorial Comares, Granada

GENNARI, E.,

R. Giordano,

S. Momigliano,

**2005** "Dealing with unexpected shocks to the budget", *Temi di discussione del Servizio, Studi n.º 478*, Banca d'Italia, Roma

GEORGE, Henry

**1912** *Protección ó librecambio?*, (trad. de Baldomero Argente), Librería de Francisco Beltrán

GERARDIN, Damien

**2000** "Institutional aspects of EU regulatory reforms in the telecommunications sector: an analysis of the role of national regulatory authorities", *Journal of network industries*, Haia

GIESBERTS, Ludger

Juliane Hilf

**2002** "Emissions Trading – a new way of reducing CO2 Emissions Effectively", *International Trade – Law & Regulation*, Sweet and Maxwell, Londres

GLAISTER, Stephen

TONY, Travers

**1995** *Liberate the Tube! – Radical proposals to revitalise the London Undeground*, Centre for Political Studies – LSE, Londres

GODBOUT, Luc

**2006** *L'intervention gouvernementale par la politique fiscale: le rôle des dépenses fiscales: étude comparée: Canadá, États-Unis, France*, Economica, Paris

GODINHO, Sónia

**2006** "Para um equilíbrio da União Económica e Monetária: repensar o pacto de estabilidade e crescimento ou o próprio modelo económico de Maastricht?" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

GOMES, João Salis

**2000** "Qualidade da regulação jurídica e redefinição estratégica da gestão pública", *Revista de Administração Pública*, Lisboa

GOMES, Nuno Sá

**1998** "Nacionalizações e Privatizações", (separata), *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 155, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa

GONÇALVES, José Renato,

**2007** *Unificação monetária europeia e desenvolvimento regional* , policopiado, Lisboa

**2010** "Depois do euro: a caminho de uma moeda única mundial?", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra

**2010** "A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, Número 2, Almedina, Lisboa

GONÇALVES, Maria Eduarda

**2003** *Direito de informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, Almedina, Coimbra

GONÇALVES, PEDRO

**2006** "Direito administrativo da regulação", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, Coimbra Editora, Lisboa

GONÇALVES, Pedro

Licínio Lopes Martins

**2004** "Os serviços públicos económicos e a concessão no estado regulador", *Estudos de Regulação pública I*, (org. Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra

GONÇALVES, Pedro

Rodrigo Esteves de Oliveira

**2001** *As concessões municipais de distribuição de electricidade*, Cedipre/Coimbra Editora, Coimbra

GOUVEIA, Rodrigo

**2001** *Os serviços de interesse geral em Portugal*, Coimbra Editora, Coimbra

GRAHAM, Cosmo

**1999** "Regulating enterprise: law and business organization in the UK", *The regulation of privatized utilities*, (ed. Davis Milman), Hart Publishing, Oxford

**2000** *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Hart Publishing, Oxford

GRAHAM, Cosmo

Tony Prosser,

**2003** *Privatizing public enterprises: constitutions, the state and regulation in comparative perspective,* Oxford

GRAHAM, J. H. Smith

**2002** *Internet Law and Regulation*, 3.ª edição, Sweet & Maxwell, Londres

GRAUWE, Paul De

**1989** "Is The European Monetary System a DM-Zone?", discussion paper nº 297, publicado por CEPR, Londres

GRAUWE, Paul De

Lucas Papademos

**1990** "The European Monetary System in the 1990's", publicado por Longman Inc., Nova Iorque

GRUBER, Jonathan,

**2005** *Public Finance and Public Policy*, Worth, Nova Iorque

GUAL, Jordi

**2003** "Regulatory change in network industries: the Spanish experience", *Journal of network industries*", Kluwer Academic Publishers, Haia

GWARTNEY, James D.

Richard L. Stroup

Russel S. Sobel

**2000** *Economics – Private and Public Choice*, 9.ª Edição, Dryden Press/Harcourt College Publishers, Fort Worth

HAHN, Hugo J.,

**1998** "The Stability Pact for European Monetary Union: Compliance With Deficit Limit as a Constant Legal Duty", *Common Market Law Review*, vol. XXXV, n.º 1, Kluwer Law International, Haia

HALLIGAN, John

**1997** "New Public Sector Models: Reform in Australia and New Zealand", *Public Sector Reform - Rationale, Trends and Problems*, (ed. Jan-Erik Lane), SAGE Publications, Londres

HARRIS, Richard

A.Sidney

M. Milkis

**1996** *The politics of regulatory change: a tale of two agencies*, 2.ª edição, Oxford University Press, Oxford

HARRISON, Jeffrey L.

**1998** *Law and Economics – in a nutshell*, West Publishing Co., Minnesota

HAY, George A.

Gregory J. WERDEN

**1993** “Horizontal Mergers: Law, Policy, and Economics”, *American Economic Review*, Ano 83, Vol. 2, American Economic Association, Pittsburgh

HERTIG, Gérard

**2000** “Regulatory competition for EU Financial Services”, *Journal of international economic law*, Oxford

HEYVAERT, Veerle

**1998** *Access to information in a deregulated environment*, “Deregulation in the European Union – Environmental perspectives”, (ed. Ute Collier), Routledge, Londres

HINDRIKS, Jean

Gareth D. Myles,

**2006** *Intermediate public economics*, MIT Press, Cambridge

HOLMSTROM, Bengt

**1979** “Moral hazard and Observability”, *Bell journal of economics*", vol. 10, n.º 1, republicado *in The principal agent modal: The economic theory of incentives*, (eds. Jean-Jackes Laffont), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 162, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003

HUBRECHT, Hubert-Gérald

**1997** *Droit public économique*, Dalloz, Paris

HUTTER, Bridget M.

**1997** *Compliance: regulation and environment*, Clanrendon Press, Oxford

HYMAN, David N.,

**2005** *Public finance: a contemporary application of theory to policy*, 8.ª Edição, Thomson South-Western, Austrália

ISRAEL, Jean-Jacques

**1992** Contentieux administratif et contentieux de la concurrence, "Mélanges René Chapus: droit administratif", Comité de Patronage Marceau Long ????, Paris

JACKSON, John H.

William J. Davey

Alan O. Sykes, JR.

**1998** *Legal Problems of International Economics Relations – cases, materials and text*, 3.ª edição (2.ª reimpressão), West Group

JOHR, Walter Adolf

**1958** *Fundamentos teóricos de la política económica – Libertad Económica y Competencia*, (trad. de Dr. Uros Basic), Libreria El Ateneo Editorial, Madrid

JUNIOR, Armando António Farinha

**1999** *A responsabilidade do Estado pela prestação e coordenação dos serviços públicos e sua atividade de intervenção na economia – relatório do Curso de Aperfeiçoamento*, Policopiado FDL, Lisboa

JUSTEN, Monica Spezia

**2003** *A noção de serviço público no direito europeu*, Dialética, São Paulo

KANAZAWA, Mark T.

Roger G. Noll

**1994** "The origins of state railroad regulation: The Illinois Constitution of 1870", *The regulated economy – a historical approach to political economy*, (ed. Claudia Goldin e Gary D. Libecap), The University of Chicago Press, Chicago

KEISNER, Albert

**1998** "Are Government and Business separate entities?", *Law and economics, the early journal literature*, (ed. Warren J. Samuels), Volume II, Pickering & Chatto, Londres

KELLER, Edmund R.

**1997** "The Problem with Oligopoly is the Price", *Antitrust Law & Economics Review*, Ano 9, n.º 2

KHAN, Alfred E.

**1998** *The Economics of Regulation*, 2.ª edição, MIT Press, Massachussets

KINSELLA, Stephen

**2013** "Conventions and the European periphery.", Institute for New Economic Thinking (INET), Research Note 021

KOSTORIS, Fiorella Padoa Schioppa,

**1999** *What Policy-Instruments Remain to Be Used and By Whom Within The European Monetary Union*", não editado, Lugano

LA SPINA, Antonio,

Giandomenico Majone

**2001** *Lo stato regolatore*, Il Mulino, Bolonha

LAFFONT, Jean-Jacques

**1989** *The Economics of Uncertainty and Information*, (trad. John P. Bonin e Hélène Bonin), MIT Press, Cambridge

LAPATZA, Jose Juan Ferreiro

**2006** *Curso de derecho financiero español : instituciones*, 25.ª ed. Marcial Pons, Madrid

LAROUCHE, Pierre

**2000** *Competition law and regulation in European telecommunications*, Hart Publishing, Oxford

**2002** "Closer look at some assumptions underlying EC regulation of electronic communications", *Journal of Network Industries*, n.º 3, Kluwer Law International, Haia

LARRAZ, José,

**1961** *La Integración Europea y España*, Espasa-Calpe, Madrid

LASTRA, Rosa María

**1996** *Central banking and Banking Regulation*, London School of Economics and Political Science, Londres

LEE, Maria

**2002** "New generation regulation?: the case of end-of-life vehicles", *European environmental law review*", Kluwer Law International, Haia

LEHFELD, Lucas de Souza

**2003** *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*, Renovar, Rio de Janeiro

LEITE, António Nogueira,

**2000** *A Regulação em Portugal*, Conferências ERSE, ERSE, Lisboa

LEITE (LUMBRALES), João Pinto da Costa,

**1963** *Economia política*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra

LEITE, Rodrigo de Almeida,

**2005** *A independência do Banco Central Europeu e o défice democrático na ordem institucional da União Europeia*, policopiado, Lisboa

LENAERTS, Koen

**1993** "Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community", *European Law review*, Londres

LÉRIAS, Gervásio,

**2000** "Evolução do Sector Empresarial do Estado ", *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado*, (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra

LIBENSTEIN, Harvey J.,

**1996** "Allocative Efficiency vs. X-Efficiency", *American Economic Review*, Vol. 56

LIEFFERINK, Duncan

Arthur P. J. Moll

**1996** "Voluntary agreements as a form of deregulation?", *Deregulation in the European Union – Environmental perspectives*, (ed. Ute Collier), Routledge, Londres

LIPSEY, Richard

G.Kelvin Lancaster

**1997** "The general theory of second best", *Microeconomics, growth and political economy*, (ed. Richard G. Lipsey), vol I, Edward Elgar, Cheltenham republicado *in Welfare Economics*, vol. I, (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001

LIPSKY, Jr.,

Abbott B.

Sidak, J. Gregory,

**1999** “Essential Facilities”, *Stanford Law Review*, Volume 51, Stanford

LOBO, Carlos Baptista

**2000** “Indústria Portuguesa – Aspectos estruturais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Almedina, Coimbra

**2001** *Concorrência Bancária?*, Almedina, Coimbra

**2010** “A função de actuação económica do Estado e o novo regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas municipais”, *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra

LOBO, Carlos Baptista

João Amaral Tomás

**1998** *Euro: aspectos legais e questões práticas fundamentais*, Rei dos Livros, Lisboa

LONG, Martine

**2003** “La libéralisation du gaz: commentaire de la loi du 3 janvier 2003”, *Droit Administratif*, Paris

LOPES, Fernandino

**2003** “O Estado entre a regulação e o mercado”, *Revista de administração local*, Lisboa

LOPES, José da Silva

**1964** “Introdução à Teoria da Integração Económica”, separata de *Estudos Políticos e Sociais*, Volume II, n.ºs 2 e 3, Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, Lisboa

**1996** *A Economia Portuguesa desde 1960*, 2.ª Edição, Gradiva, Lisboa

**2010** "A integração na zona euro e o crescimento da economia portuguesa", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra

LOUIS, Jean-Victor

**1998** "Monetary Capacity in the Single European Act", *Common Market Law Review*, vol. XXV, n.º 1, Kluwer Law International, Haia

LOUREIRO, F. Maia

**1920**(?) *Da crise actual – economia dirigida*, Livraria Bertrand, Lisboa

LUBEN, Ivan

**2001** "Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécomunications", *Droit Administratif - L' actualité juridique*, Paris

MAAS, Cees

**1995** "L'introduction de la monnaie unique : analyse des aspects pratiques", *Revue des affaires européennes,* n.º 4, Paris

MAÇÃS, Maria Fernanda,
Luis Guilherme Catarino,
Joaquim Pedro Cardoso da Costa,

**2003** "O Contencioso das decisões das entidades reguladoras do sector económico-financeiro", *Estudos de Regulação pública I*, (org. Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra.

MAJOCCHI, Alberto di

**1998** "Funzioni e Limiti dell' Integrazione Economica Europea", separata da *Rivista Il Politico*, vol. XXIV, Faculdade de Ciência Política, Pavia

MAJONE, Giandomenico

**1996** (a) "Theories of regulation", *Regulating Europe*, (ed. Giandomenico Majone), Routledge, Londres

**1996** (b) "The future of regulation in Europe", *Regulating Europe*, (ed. Giandomenico Majone), Routledge, Londres

**1996** (c) "La Communauté européene, un État régulateur » (trad. Jean-François Baillon), Montchrestien, Paris

MALLOY, Robin Paul

**2000** *Law and market economy – Reinterpreting the values of Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge

MANKIW, N. Gregory

**2001** *Principles of Economics*, 2.ª Edição, Harcourt College Publishers, Fort Worth

MARÍN, José,

**2002** "Sustainability of Public Finances and automatic Stabilisation under a Rule of Budgetary Discipline", *Working Papers Series*, European Central Bank, Frankfurt

MARQUES, Maria Manuel Leitão,

**2006** "As redes de empresas: um desafio ao direito da concorrência", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

MARQUES, Maria Manuel Leitão *et al*,

**2005** *Concorrência e Regulação (A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra Editora, Coimbra

MARQUES, Manuel Paulo Rendeiro,

**2011** *Entre a estratégia de Lisboa e a Europa 2020: para onde caminha o modelo social europeu?*, Principia, Cascais

MARQUES, Paulo,

**2011** *Elogio do imposto: a relação do Estado com os contribuintes*, Coimbra Editora, Coimbra

MARTIN, Stephen

**1994** *Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy*, 2.ª Edição, Macmillan Publishing Company, Nova Iorque

MARTÍNEZ, Pedro Soares,

**1953** *Introdução ao Estudo das Estatísticas Económicas*, lições coligidas por Vasco A. L. Soares da Veiga e António Pedro da Ponte, S/E, Lisboa

**1978** *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Verbo, Lisboa

**2001** *Introdução a um Ensaio sobre Estatísticas Económicas*, 5.ª Edição (Reimpressão), Almedina, Coimbra

**2010** *Economia Política*, 11.ª Edição, Almedina, Lisboa

MARTINS, Guilherme D'Oliveira

**1995** *Direito da Economia*, Edições Cosmo, Lisboa

MARTINS, Guilherme Waldemar de Oliveira,

**2004** *A despesa fiscal e o orçamento do Estado no ordenamento jurídico português*, Almedina, Coimbra

**2013** "2013: o ano do orçamento dos austerianos", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano V, número 3, Almedina, Coimbra

MARTINS, José Guilherme J.

**1999** *Direito da Economia*, Instituto Politécnico Autónomo, Lisboa

MASCATE, Ana Luísa,

**2004** *Auxílios de Estado e Constituição Económica Europeia: o sistema europeu de controlo de auxílios de estado no contexto da constituição económica europeia*, policopiado, Lisboa

MASSON, Paul R. e Tamim Bayoumi –

**1996** "What Can the Fiscal Systems in the United States and Canada Tell Us About EMU?", *European Monetary Integration*, direcção editorial de Paul J.J. Welfens, Springer-Verlag, Heidelberg

MATEO, R. Martín

F. Sosa Wagner

**1974** *Derecho Administrativo Económico – El Estado y la Empresa*, Ediciones Pirámide, Madrid

MAIA, Alexey Fabiani Vieira

**2010** "A concorrência fiscal internacional: análise sob a perspectiva da Organização Mundial do Comércio (OMC)", separata de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume 50, n.ºs 1 e 2, Almedina, Coimbra

MAYSTADT, Philippe,

**1998** "L'euro et le système monétaire international : leçon inaugurale du cours sur l'Union Européenne, *Annales de Droit de Louvain*, Bruxelas

MCBARNET, Doreen

Christopher Whelan

**1999** "Challenging the Regulators: Strategies for Resisting Control", *Regulation and Deregulation – Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, (ed. Christopher McCrudden), Clarendon Press, Oxford

MCCHESNEY, Fred S.

**1997** *Money for nothing – Politicians, rent extraction and political extortion*, Harvard University Press, Harvard

MCCRAW, Thomas K.

**1984** *Prophets of Regulation*, Harvard University Press, Cambridge

MCCRUDDEN, Christopher

**1999** "Regulation and Deregulation: An Introduction", *Regulation and Deregulation – Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, (ed. Christopher McCrudden), Clarendon Press, Oxford

MCDONALD, Frank

Stephen Dearden,

**1999** *European Economic Integration*, 3.ª Edição, Longman, Essex

MCNUTT, Patrick A.

**2002** *The economics of Public Choice*, 2.ª edição, Edward Elgar Publishing, Cheltenham

MEDEIROS, Eduardo Raposo

**1998** *Blocos Regionais de Integração Económica no Mundo*, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa

MEDEMA, Steven G.

Peter Boettke (org.),

**2005** *The role of government in the history of economic thought*, suplemento de History of political economy, Volume 37, Duke University, Londres

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa

**2002** *Agências reguladoras e o Direito Brasileiro*, Editora Atlas, S.A., São Paulo

MENKHOFF, Lukas,

**1997** *Monetary Policy Instruments for European Monetary Union*, Springer-Verlag, Heidelberg

MERCADO PACHECO, Pedro

**1994** *El Análisis Económico del derecho – una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Contitucionales, Madrid

MERCURO, Nicholas

Steven G. Medema,

**1997** *Economics and the law: from Posner to post-modernism*, Princeton University Presss, Princeton

MERCURIO, Riccardo

Marcello Martinez

**1999** *Il transporto ferroviario europeo – Organizzazione e regolazione del mercato*, Gangemi Editore, Roma

MESQUITA, Maria José Rangel de

**2006** "Vicissitudes de uma união de direito: a aplicação do Tratado da Comunidade Europeia e do pacto de estabilidade e crescimento nos casos da Alemanha e da França" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

**2009** "Regulação da actividade seguradora: Traços fundamentais" *in* Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?, (org. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra

MICHAILLAT, Pascal.

**2014** "A Theory of Countercyclical Government Multiplier.", *American Economic Journal*, Volume 6, n.º 1, American Economic Association, Nashvile

MILLER, Roger Leroy

**2000** *Economics Today – The micro view*, Addison Wesley Publishing Company, Longman

MINGAT, Alain et al.,

**1975** *Méthodologie Économique*, Presses Universitaires de France, Paris

MIRANDA, Jorge

**1978** *A Constituição de 1976 – Formação, Estrutura, Príncipios Fundamentais*, Petrony, Lisboa

**1983** *Direito da Economia: segundo as lições do Prof. Jorge Miranda*, Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, policopiado, Lisboa

MIRANDA, Jorge

Rui Medeiros

**2010** *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª Edição, Wolters Kluwer - Coimbra Editora, Coimbra

MONCADA, Luís S. Cabral de

**2012** *Direito Económico*, Coimbra Editora, Lisboa

MONTEIRO, Luís

**2010** *Os últimos 200 anos da nossa Economia e os próximos 30*, Bnomics, Lisboa

MONTEIRO, Luís Pinto,

**2010** *A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual no direito da concorrência*, Almedina, Coimbra

MONTI, Mario

**2000** "Concorrenza e regolazione nell'Union Europea", *Regulazione e concorrenza*, (ed. Giuseppe Tesauro e Marco D'Alberti), il Mulino, Bolonha

MOORHEAD, Richard

**2002** "Third way regulation?: community legal service partnerships", *The modern law review,* Oxford

MORAES, Alexandre De (organ.)

**2002** *Agências Reguladoras*, Editora Atlas, São Paulo

MORAIS, Carlos Blanco de

**2001** "As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa", *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 1, Lisboa

MORAIS JÚNIOR, José Costa de,

**2010** *Parcerias público-privadas: eficiência e função social do Estado*, policopiado, Lisboa

MORAIS, Luís D. S.

**1990** *Privatização de empresas públicas – As opções de venda*, AAFDL, Lisboa

**1993** *O Mercado Comum e os auxílios públicos – novas perspectivas*, Almedina, Coimbra

**2000 (a)** "O Banco Central Europeu e o seu Enquadramento no sistema institucional da União Europeia – algumas reflexões." *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra Editora, Coimbra

**2000 (b)** "As relações entre o Estado e as empresas públicas na sequência da aprovação do Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro", *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra

**2006** "Portugal e os défices excessivos – O pilar económico da União económica e Monetária e a disciplina do «Pacto de Estabilidade e Crescimento»", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

**2009 (a)** *Os conceitos de objecto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Almedina, Coimbra

**2009 (b)** *Direito da concorrência: perspectivas do seu ensino*, Almedina, Coimbra

**2012** "O novo direito da economia e a Constituição Económica", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra

MORAN, Michael
Bruce Wood

**1993** *States, Regulation, and the Medical Profession*, Open University Press, Buckingham

MOREIRA, Vital

**1978** *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Centelho, Coimbra

**1979** *Economia e Constituição*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra

**1997** Auto-regulação Profissional e Administração Pública, Almedina, Coimbra

**2003** *Administração Autónoma e Associações Públicas,* reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra

MOREIRA, Vital
Fernanda Maças

**2003** *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*, Coimbra Editora, Coimbra

MOSCHEL, Wernhard

**2002** "The relationship between competition authorities and sector-specific regulators", *Wernhard Moschel European business organisation law review*, Dordrecht

MUELLLER, Dennis C.

**1979** *Public Choice*, Cambridge University Press, Cambridge

**1997** *Public Choice II – a revised edition of Public Choice*, Cambridge University Press, Cambridge

NEIRA, César Carlos

**1997** *Entes Reguladores de Servicios – La defenda del usuario*, Ad-Hoc, Buenos Aires

MUZELLEC, Raymond

**2006** *Finances publiques*, 14.ª Edição, Dalloz, Paris

MWENDA, Kenneth Kaoma,

**2006** *Legal aspects of financial services: regulation and the concept of a unified regulator*, The World Bank, Washington

NEME, Jacques

Colette Neme

**1994** *Économie de l'Union Européenne – Analyse d'un processus d'intégration*, Editions Litec, Paris

NETO, Diogo De Figueiredo Moreira

**2003** *Direito regulatório – A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*, Renovar, Rio de Janeiro

NEVES, João Luis César das

**2000** *Introdução à Economia*, 5.ª edição, Editorial Verbo, Lisboa

NEWBERRY, David M.

**2000** *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, 2.ª Edição, MIT Press, Cambridge

NG, Serena,

Jonathan H. Wright

**2013** "Facts and Challenges from the Great Recession for Forecasting and Macroeconomic Modeling." *Journal of Economic Literature*, Ano 51, n.º 4, American Economic Association, Nashvile.

NILSON, Ake

**1999** "History: is self – regulation a new concept?", *The EDI law review*, Dordrecht

NOLL, Roger G.

**2001** "Economic perspectives on the politics of regulation", *Regulation, Economics and the Law*, (ed. Anthony I. Ogus), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 137, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001

NOONAN, Chris,

**2008** *The emerging principles of international competition law,* Oxford University Press, Oxford

NUNES, Avelãs

**2011** *As voltas que o mundo dá ... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social,* Lumen Juris, Rio de Janeiro

**2004** *Industrialização e Desenvolvimento – A economia política do "modelo brasileiro de desenvolvimento"*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo

NUNES, Manuel Jacinto

**2000** "A incerteza keynesiana" *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra Editora, Coimbra

OATES, Wallace E.

**1996** "The Regulation of Externalities: Efficient behavior by sources and victims", *The Economics of Environmental Regulation* (ed. Wallace E. Oates), Edward Elgar, Cheltenham

OATES, Wallace E.
William J. Baumol

**1996** "The instruments for Environmental Policy", *The Economics of Environmental Regulation* (ed. Wallace E. Oates), Edward Elgar, Cheltenham

OGUS, Anthony

**1999** "Corrective taxation as a Regulatory Instrument", *Regulation and Deregulation – Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, (ed. Christopher McCrudden), Clarendon Press, Oxford

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão De

**2001** "Auto-regulação profissional dos médicos", *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra

ORTEGA, Ricardo Rivero

**2007**, *Derecho administrativo económico*, 4.ª edição, Marcial Pons, Madrid

ORTIZ, Gaspar Ariño

**2000** *La regulatión económica*, Editorial Ábaco de Rodolfo Deplama, Buenos Aires

OSBORNE, Martin J.
Ariel Rubinstein

**1994** *A course in game theory*, The MIT Press, Massachusetts

OTERO, Paulo,

**2012** "Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976", *in* Tribunal Constitucional – 35.º aniversário da Constituição de 1976, Volume I, Coimbra Editora, Lisboa

OVERTURF, Stephen Frank,

**1986** *The Economic Principles of European Integration*, Praeger Publishers, Nova Iorque

PAHULA, Ovídio,

**2010** *A evolução da constituição económica angolana*, Casa das Ideias, S/L

PANOZZO, Fabrizio

**2000** *Dalla produzione alla regolazione – l'evoluzione dell'intervento pubblico nell'economia*, Cedam, Milão

PARETO, Vilfredo

**1972** *Manual of Political Economy*, (trad. Ann S. Schwier), Macmillan, Londres, republicado *in Welfare Economics*, vol. II, (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001

PATRÍCIO, J. Simões

**1981** *Curso de Direito Económico*, 2. ª Edição, A.A.F.D.L., Lisboa

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira,

**2005** *Análise económica da litigância*, Almedina, Coimbra

PARKIN, Michael
Melanie Powell
Kent Matthews

**2000** *Economics*, 4.ª edição, Addison – Wesley, Longman

PATTERSON, Ross
Christopher Cornwell

**2000** "Light-Handed Regulation of Electricity Networks in New Zeland: the failure of the New Zealand Model", *Journal of Network Industries*, n.º 1, Kluwer Law International, Haia

PEACOCK, Alan,

**2000** "Economics and the law: An irresistible combination", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLI, FDUL, Lisboa

PELLET, Rémi (org.),

**2006** *Finances publiques et redistribution sociale : XXe anniversaire de la Société Française de Finances Publiques*, Economica, Paris

PELTZMAN, Sam

**1976** "Toward a more general theory of regulation", *Journal of Law and Economics*, vol. XIX, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics*, vol.II, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998

**1989** "The economic theory of regulation after a decade of deregulation", *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*", republicado *in The Foundations of Regulatory Economics*, vol. III, (eds. Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998

PEREIRA, José Nunes

**1997** *Regulação e supervisão dos mercados de valores mobiliários e das empresas de investimento: alguns problemas actuais*, separata do Boletim de Ciências Económicas, Coimbra

**2001** "A Comissão de Mercado de Valores Mobiliários: uma experiência de regulação financeira em Portugal", *Cadernos do mercado de valores mobiliários*", CMVM, Lisboa

PEREIRA, Maria Miguel Rebelo

**2001** *O novo modelo regulatório europeu – das novas exigências da regulação e da supervisão comunitárias dos mercados de valores mobiliários*, Policopiado, FDL, Lisboa

PERSSON, Torsten e Guido Tabellini,

**2006** "Democracy and development: the devil in the details", *American Economic Review*, Volume 96, n.º 2, AEA, Pittsburgh

PIGOU, A. C.

**1958** *Simple Monopoly - The Economics Welfare*, 4.ª edição, Macmillan, Londres, republicado *in Welfare Economics*, vol. II, (eds. William J. Baumol e Charles A. Wilson), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 126, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001

PINA, Carlos Costa

**2005** *Instituições e Mercados Financeiros*, Almedina, Coimbra

**2010** "A reforma do regime das empresas públicas, o direito comunitário e o direito da concorrência", *Estudos sobre o novo regime empresarial do Estado,* (org. Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra

PINHEIRO, Gabriela,

**1998** *A Fiscalidade Directa na União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto

PIRAINO, Thomas Jr.

**2000** "Identifying Monopolists' Illegal Conduct Under The Sherman Act", *New York University Law Review*, n.º 75, Volume 4.

PIRES, Francisco Lucas

**2000** "Nova Economia, velho Estado, grupos de sempre? Dificuldades do "sisifo" corporativo?" *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra Editora, Coimbra

PIRES, Luís Madureira,

**1998** *A PolíticaRegional Europeia e Portugal*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa

POLGLASE, Tim

**1999** "Globalisation and its Implications for Cross-Border Regulation", *Regulation and Deregulation – Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, (ed. Christopher McCrudden), Clarendon Press, Oxford

PORRINI, Donatella

**2001** "Economics of the 96/92 Directive with reference to Italian Electricity Market liberalization Process", *European Journal of Law and Economics*, ano 11, n.º2, Kluwer Academic Publishers, Haia

PORTO, Manuel Lopes

**2004** *Economia – Um texto introdutório*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra

**2006** "O sentido da intervenção do Estado. Experiências recentes em Portugal", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

PORTUGAL, António Moura,

**1999** "Independência e Controlo do Banco Central Europeu – Contributo para a correcta definição dos seus poderes normativos", separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 479, Lisboa

POSNER, Richard A.

**1975** "The social costs of monopoly and regulation", *Journal of Political Economy*, vol. 83, n.º 4, republicado *in The Foundations of Regulatory Economics*, vol. II, (eds.Robert B. Ekelund, Jr.), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 94, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1998

**1995** *The social* costs of monopoly and regulation, The economic analysis of rent seeking, The International Library of Critical Writing in Economics, Cheltenham

**1999** *Natural Monopoly and its Regulation*, (edição especial do 30.º aniversário), Cato Institute, Washington (1999)

PROSPERETTI, Graziella Marzi Luigi

Emma Patzu

**2000** *La regolazione dei servizi infrastrutturali – teoria e pratica*, il Mulino, Milão

PROSSER, Tony

**1997** *Law and the Regulators*, Clarendon Press, Oxford

QUINTAL, Carlota Maria Miranda

**1999** "A independência dos Bancos Centrais: o percurso do Banco de Portugal nos últimos 20 anos", *Notas Económicas*, Coimbra

RAMOS, Rui Manuel Moura,

**2010** "Constituição Europeia e Constituição da República Portuguesa", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra

RANDOLPH, Allanbrewer Carias

**1969** *El control de as actividades economicas del Estado en el derecho venezolano*, Contraloria General de la Republica, Caracas

RAPOSO, Mário

**1996** "Regulação legislativa do contrato de seguro: uma nota sumária" *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa

REIS, José,

**2006** "A economia impura: o mundo onde é necessário haver instituições e governação" *in* Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Coimbra Editora, Lisboa

REYNOLDS, Lloyd G.

**1973** *Economics – a general introduction*, 4.ª Edição, The Irwin Series in Economics, Richard D. Irwin, Homewood

RIBEIRO, João Pinto

**2006** "Controlo financeiro externo da dívida pública no contexto da União Económica e Monetária (UEM)", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

RIBEIRO, Joaquim de Sousa

**2003** "Direito dos Contratos e Regulação do Mercado", Globalização e Direito, *Stvdia Ivridica*, n.º 73 – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira,

**2011** *Lições de Finanças Públicas*, (reimp. da 5.ª Edição, actualizada), Coimbra Editora, Coimbra

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira

Vinicius Klein (org.)

**2011** *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, Fórum, Belo Horizonte

RIBEIRO, Nuno Sampayo,

**2010** "Coordenação Fiscal na EU e competitividade das empresas portuguesas", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra

RIVERO ORTEGA, Ricardo,

**2007** *Derecho administrativo económico*, 4.º edição, Marcial Pons, Madrid

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da

**2001** "A defesa da concorrência no sistema financeiro: um modelo para o Brasil", *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo

RODRIGUES, Nuno Cunha

**2006** *Breves Notas em torno do estatuto do gestor público: a caminho do new public management?*, separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, p. 379-434, Coimbra Editora, Lisboa

**2013** "Breves reflexões sobre a dívida pública e a proposta do roçamento de Estado para 2013" *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano V, número 3, Almedina, Coimbra

ROSEN, Harvey S.,

**2002** *Public Finance,* 7.ª Edição, McGraw-Hill, Nova Iorque

ROSS, Stephen A.

**1973** "The economic theory of agency: the principal's problem", *American Economic Review,* vol. 63, n.º 2, republicado em *The principal agent modal: The economic theory of incentives*, (eds. Jean-Jackes Laffont), The International Library of Critical Writings in Economics n.º 162, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003

RUFF, Larry E.

**1994** "Competitive Electricity Markets – The Theory and Its Application", *From Regulation to Competition: New Frontiers in electrical markets*, (ed. Michael E. Einhorn), Kluwer Academic Publishers, Boston

PÉREZ ROYO, Fernando

**2006** *Derecho financiero y tributario: parte general*, 16.ª Edição, Thomson-Civitas, Cizur menor (Navarra)

SALAZAR, António de Oliveira

**1927** *Economia Política*, (lições coligidas por Alberto Menano), Tipografia Conimbriguense, Coimbra

SALEMBIER, J. Paul

**2003** "Designing regulatory systems: a template for regulatory rule-making", *Statute law review*, Oxford

SAMPAIO, Adrião Pereira Forjaz de,

**1858** *Novos Elementos de Economia Política e Estatística*, Tomo I, Imprensa da Universidade, Coimbra

SAMUELSON, Paul Anthony

**1963** *Foundations of Economic Analysis*, Harvard University Press, Cambridge

SANCHES, José Luis Saldanha

**2000** "A regulação: história breve de um conceito", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, vol. I, Lisboa

**2008** *Direito económico: um projecto de reconstrução*, Coimbra Editora, Coimbra

SANCHES, Luis Alberto Pomed

**1996** *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid

SANTOS, António Carlos dos

Maria Eduarda Gonçalves

Maria Manuel Leitão Marques

**2011** *Direito Económico*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra (reimpressão em 2013)

SANTOS, Filipe Matias,

**2011** *Divulgação de informação privilegiada: o dever de divulgação de informação privilegiada no Mercado de Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra

SANTOS, Jorge

Maria Amélia Saraiva

**2005** "National Experiences in preparing for the integration of National Central Banks into the Eurosystem: the organic law of Banco de Portugal", *Legal Aspects of the European System of Central Banks*, direcção editorial de Liber Amicorum e Paolo Zamboni, European Central Bank, Germany

SANTOS, Luís Máximo dos,

**2009** “Regulação e supervisão bancária” *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo*, (org. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra

**2010** “Nos 10 anos da União Europeia: o princípio da independência dos bancos centra no âmbito do SEBC” ”, *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Almedina, Coimbra

SANTOS, Sofia

Rita Almeida Dias

**2008** *Sustentabilidade, Competitividade e Equidade ambiental e social*, Almedina, Coimbra

SCHEPEL, Harm

**2002** “Delegation of regulatory powers to private parties under EC competition law: towards a procedural public interest test”, *Common Market Law Review*, Dordrecht

SCHERER, F. M.

David Ross

**1990** *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3.ª Edição, Houghton Mifflin Company, Boston

SCHMÖLDERS, Günter,

**2006** *The psychology of money and public finance*, Palgrave MacMillan, Nova Iorque

SCHOR, Armamd-Denis,

**1996** *La Monnaie Unique*, Presses Universitaires de France, Paris

SCOTT, Andrew,

**2000** “EMU and its impact at the regional level: mechanisms and consequences”, *The State of the European Union – Structure, enlargment and economic union*, (coord. John Usher), Longamn, Essex

SEIDENFELD, Mark

**1996** *Microeconomic predicates to law and economics*, Anderson Publishing Co., Cincinnati

CORREIA, Sérvulo,
Rui Medeiros
Tiago Fidalgo de Freitas
Rui Tavares Lanceiro

**2010** *Direito da concorrência e ordens profissionais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

SHELLY, Bryan Thomas

**2005** *The piper link: money, control, and equity in public school finance*, ProQuest, Ann Arbor

SHOUP, Carl S.

**2006** *Public Finance*, Transaction Publishers, New Brunswick

SILVA, Aníbal Cavaco,

**1999** *União Monetária e Europeia – Fundamentos e Implicações,* Verbo, Lisboa

SILVA, António Neto da,
Luís Alberto Rego

**1984** *Teoria e Prática da Integração Económica*, Porto Editora, Porto

SILVA, Miguel Moura e

**2008** *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008

**2010** *O abuso de posição dominante na nova economia*, Almedina, Lisboa

SILVA, Paula Costa e,

**2009** *As operações de venda a descoberto de valores mobiliários*, Coimbra Editora, Coimbra

SILVA, Pedro Aurélio de Queirós Pereira da

**2001** *Direito da concorrência e regulação dos serviços públicos*, FDUNL, Lisboa

SILVA, Susana Tavares da,

**2012** "Sustentabilidade e solidariedade no financiamento do bem-estar: o fim das «boleias»?" *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Coimbra Editora, Coimbra

SIMIAND, François,

**1922** *Statistique et expérience - Remarques de Méthode*, Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Rivière, Paris

SIRE, Bruno

**1998** "Enjeux et Défies Du Passage À L'Europe", *Revue Internationale de Droit Économique*, Tomo XII, n.º 3

SLOMAN, John

**2000** *Economics*, 4.ª edição, Prentice Hall – Pearson Education

SNYDER, Francis

**2002** *Regional and Global of International Trade*, Hart Publishing – Oxford-Portland Oregon

SOARES, António Goucha

**2010** "A questão dos chamados campeões nacionais no direito comunitário da concorrência" *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra

SOARES, Cláudia Dias

**2006** "A avaliação ex ante e ex post da despesa fiscal" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa, 2006

SOARES, Fernando Luso,

**1987** *Nacionalizações: inconstitucionalidades e justa indemnização*, S/E, Lisboa

SOARES, João

**2003** "Os reguladores e a defesa do interesse nacional: dilemas no caso de mercado de capitais", *Cadernos do mercado de valores mobiliários*, CMVM, Lisboa

SOARES, José Fernandes,

**2007** *Teorias Económicas da Regulação*, Instituto Piaget, Lisboa

SOBRECASES, Francisco Garcia,

**1998** "Homo Economicus and constitucional change: solutions to free-rider behavior in the provision of public goods", Estudos e Economia, 1998, vol. XVIII, n.º 3, ISE-UTL, Lisboa

SOUSA, Alfredo José de

**2006** "O Estado no século XXI: redefinição das suas funções?" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

SOUSA, Hugo Zsolt,

**2004** "The future of the Stability and Growth Pact as a tool for Economic Policy Co-Ordination" *Groupement d'études et de recherches*, direcção editorial de Jacques Delors, Notre Europe, Paris

SOUTO, Marcos Juruena Villela

**2001** *Desestatização – Privatizações, Concessões, Terceirizações e Regulação*, 4.ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro

**2002** Direito Administrativo Regulatório, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro

SOUZA, Marnoco e,

**1917** *Tratado de Economia Política*, Volume I, F. França Amado, Coimbra (edição póstuma)

SPENCER, Milton H.

Orley M. Amos, Jr.

**1993** *Contemporary Economics*, 8.ª Edição, Worth Publishers, Nova Iorque

SPULBER, Daniel F.

**1989** *Regulation and Markets*, 2.ª Edição, MIT Press, Cambridge

STEGER, Debra P.

**2008** *Peace through trade: building the World Trade Organization*, Reimpressão, Cameron May, Londres

STIGLER, George J.

**1971** “The Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, Ano 2, Vol.1 republicado *in Economic Regulation* (ed. Paul J. Joskow), Edward Elgar, Cheltenham, 2000

**1975** *The citizen and the state – essays on regulation*, The University of Chicago Press, Chicago

STIGLITZ, Joseph E.

**1986** *Economics of the public sector*, 2.ª edição, W.W Norton & Company, Nova Iorque

**1997** *Economics*, 2.ª edição, W.W Norton & Company, Nova Iorque

STOUT, Lynn A.

**1998** *Cases and Materials on Law and Economics*, (reimp.), West Group, Minnesota

STROUX, Sigrid

**2000**“Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?”, *World Competition*, Vol. 23, Kluwer Law International, Haia

SUSTEIN, Cass R.

**1997** *Free markets and social justice*, Oxford University Press, Oxford

**2001** “The Functions of Regulatory Statutes”, *Regulation, Economics and the Law*, ed. Anthony L. Ogus, Edward Elger Publishing, Chetenham

SWIFT, John

**1999** “Transparency, Consistency and Predictability as Regulatory Objectives”, *Regulation and Deregulation – Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, (ed. Christopher McCrudden), Clarendon Press, Oxford

SZÁSZ, André,

**1999** *The Road to European Monetary Union*, Macmillan Press Ltd., Londres

TANZI, Vito,

**2000** *Public spending in the 20th century: a global perpective*, Cambridge University Press, Cambridge

**2005** "The stability and growth pact: its role and its future" *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLVI, n.º 1, Coimbra Editora, Lisboa

**2010** "The stability and growth pact ans its revision", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Almedina, Coimbra

TARDIFF, Timothy J.,

**2000** "New technologies and convergence of markets: implications for telecommunications regulation", *Journal of Network Industries*, n.º 1, Kluwer Law International, Holanda, Haia

TATCHER, Mark

**2000** *Better the regulation of Telecommunications in Europe*, European Policy Forum, Londres

TAVARES, José F. F.

**2006** "A ponderação de interesses na gestão pública vs. gestão privada" *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra Editora, Lisboa

TAYLOR, John B.

**2001** *Economics*, 3.ª edição, Houghton Mifflin Company

TEITGEN-COLLY, Catherine

**1990** “Les instances de regulation et la Constitution”*, Rev Droit publ. Et la sci. En France et à l’étr.*, Paris

TEIXEIRA, Maria Manuela Correia Duro,

**2005** *Justiça intergeracional e finanças públicas*, policopiado, Lisboa

TELES, José Menezes

**2000** *A União Económica e Monetária – Federalismo ou Intergovernamentalismo Orçamental*, Relatório de Mestrado no âmbito do Curso de Ciências Jurídico-Económicas da FDL, policopiado, Lisboa

TEUBNER, Gunther

**1988** “Juridificação: noções, características, limites, soluções”, (trad. de José Engrácia Nunes), *Revista de direito e economia*, Coimbra

TORNOS MAS, Joaquín

**2000** “La actividad de régulación”, *El derecho administrativo en el umbral de siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia

TORRES, Ricardo Lobo

**2006** *Curso de direito financeiro e tributário*, 13.ª Edição, Renovar, Rio de Janeiro

TRACHTMAN, Joel P.

**2000** “Regulatory competition and regulatory jurisdiction”, *Journal of international economic law*, Oxford

TREBILCOCK, Michael J.

Robert Howse

**2001** *The Regulation of the International Trade*, 2.ª edição (reimp.), Routledge – Taylor & Francis Group, Londres

TRIFFIN, Robert,

**1961** *Gold and the Dollar crisis: the future of convertibility*, edição revista, Yale University Press, New Haven

TULLIO, Giuseppe

Gianna Boero

**1996** "Currency Substitution and The Demand For Deutsche Marks Before and After the Fall of the Berlin Wall", *The Macroeconomics of International Currencies – Theory, Policy and Evidence*, (dir. Paul Mizen e Eric J. Pentecost), Edward Elgar Publishing Company, Cheltenham

TULLOCK, Gordon

**2005** *The economics and politics of wealth redistribution* (ed. e introdução Charles K. Rowley), Liberty Fund, Indianopolis

TUOT, Thierry

**2001** "Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autotités administratives indépendantes?: les organismes de régulation économique", *Droit Administratif . L' actualité juridique*, Paris

**2003** "Régulation du marché de l'élctricité: une année de règlement de différends", *Revue française de droit administratif*", Paris

VALÉRIO, Nuno,

**1995** "Monetaty Unions in Europe: Historical Experience", *Estudos de Economia*, Volume XV, n.º 4, Lisboa

VANTHOOR, Wim F. V.,

**1997** *European Monetary Union – A Political and Historical Analysis*, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham

VANZETTI, Adriano

Vincenzo Di Cataldo,

**2000** *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milão

VASCONCELOS, Jorge

**2001** "Cooperation between energy Regulators in the European Union", *Regulation of Network Utilities – The European Experience*, (ed. Claude Henry, Michel Matheu, Alain Jeunemaître), Oxford University Press, Oxford

VASQUES, Sérgio,

**1997** *A Integração Económica Africana – Textos Fundamentais*, Fim de Século Edições Lda., Lisboa

**2012** *Manual de direito fiscal*, (reimp.), Almedina, Coimbra

VAZ, Manuel Afonso

**1987** *Direito Económico – a ordem económica portuguesa*, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra

VELJANOVSKY, Cento

**1998** *Reforming Regulation, "One Agency; One Law" – A Radical Response to the Governments Utility Regulation Review*, policopiado, European Policy Forum, Londres

VERHOOSEL, Gaetan

**2002** *National Treatment and WTO dispute settlement – adjudicating the boundaries of regulatory autonomy*, Hart Publishing, Oxford

VERONI, Paola Monperrrus

Francesco Saraceno

**2005** "Reform of the Stability and Growth Pact: Reducing or Increasing the Nuisance?" Observatoire Français des Conjuntures Économiques , Paris

VERSOS, Rodrigo Simeão

**2000** *Autoridades administrativas independentes (ensaio da integração constitucional da figura) - relatório de mestrado*, Policopiado FDL

VIEIRA, José Ribas

**1995** *Teoria do Estado (A Regulação Jurídica)*, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro

VILÁ COSTA, Blanca,

Victoria Honrubia

Andreu Rayo,

**2000** *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 3.ª Edição, Editorial Ariel, Barcelona

VINCENT, Philippe,

**2009** *Institutions économiques internationals*, Larcier, Bruxelas

VISCUSI, W. Kip,

Vernon, John M.

Harrington Jr.,

Joseph E.,

**1998** *Economics of Regulation and Antitrust*, 4.ª Reimpressão, 2.ª Edição, MIT Press, Massachusetts,

WARRIN, Thierry,

**2004** “Should Europe Get Rid of the Stability and Growth Pact?”, Department of Economics Middlebury College, Vermont

WEICHENRIEDER, Alfons J.

**1999** “How efficient is a contestable natural monopoly”, *CESifo Working Paper Series*, Working Paper n. 186, disponível em www.ssrn.com

WHITE, Stewart
Stephen Bate
Timothy Johnson

**1996** *Satellite Communications in Europe – Law and Regulation*, 2.ª edição, Financial Times – Law and Tax, Londres

WILLEMAN, Flávio de Araújo

**2005** *Responsabilidade civil das agências reguladoras*, Lumen Juris, Rio de Janeiro

WILLIAMSON, John (ed.)

**1983** *IMF – Conditionality*, Institute for International Economics, Washington

WISH, Richard

**2003** *Competition Law*, 5.ª Edição, Lexis Nexis, Butterworths

**Documentos**

La Economia de la Comunidade Europeia, Banco Exterior de España, 1979

O Euro e a Lei – Enquadramento Legal da União Económica e Monetária da Europa, Ministério das Finanças, Lisboa, 1998

O Euro e a Política Económica Portuguesa, Ministério das Finanças, Lisboa, 1999

OCDE, *Gouvernance des entreprises publiques*, OCDE, Paris, 2005

# 13. Índice


1. Introdução ... - 13 -
   1.1 Estruturação e Delimitação do tema ... - 13 -
   1.2 Breve nota metodológica ... - 23 -
2. Relação entre o Estado e a Economia ... - 31 -
   2.1 Intervencionismo e liberalismo: o legado de Adam Smith ... - 31 -
   2.2 Constituição Económica ... - 35 -
      2.2.1 Delimitação ... - 35 -
      2.2.2 Do conceito de Constituição Económica ... - 36 -
      2.2.3 A Constituição Económica de 1976 ... - 45 -
      2.2.4 A evolução da Constituição Económica: a dinâmica constitucional ... - 48 -
      2.2.5 A Constituição Económica vigente ... - 54 -
   2.3. Sobre o conceito de bem-estar social ... - 59 -
3. Instrumentos de Intervenção Pública ... - 65 -
   3.1 A tríade clássica: as políticas monetária, cambial e orçamental ... - 65 -
   3.2 Zonas Monetárias Óptimas e a "Zona Euro" ... - 97 -
   3.3 A crise europeia desde 2008 vista de Portugal ... - 125 -
4. As falhas de mercado ... - 137 -
   4.1 Concorrência imperfeita ... - 141 -
      4.1.1 Oligopólios ... - 144 -
      4.1.2 Monopólios ... - 150 -
      4.1.3 Monopólios Naturais ... - 159 -
   4.2 Externalidades ... - 167 -
   4.3 Bens Públicos ... - 181 -
   4.4 A instabilidade macro-económica ... - 189 -
   4.5 Assimetrias de informação ... - 191 -
5. O Estado Produtor ... - 197 -
6. O Estado Regulador ... - 211 -
7. Alguns sectores em especial ... - 271 -
   7.1 O sector das comunicações electrónicas ... - 273 -

7.2 O sector dos serviços energéticos ... - 303 -
7.3 O sector do transporte ferroviário ... - 327 -
7.4 O sector do transporte aéreo civil ... - 341 -
7.5 Sector das águas e resíduos; ... - 353 -
8. A desintervenção como doutrina ... - 359 -
9. A "despolitização" da Intervenção do Estado na Economia ... - 367 -
10. Papel do Estado na Economia: que redefinição? ... - 433 -
11. Conclusões ... - 441 -
12. Bibliografia ... - 449 -
13. Índice ... - 529 -